Das formelle

Recht der Notherben.

Eine civilistische Abhandlung

von

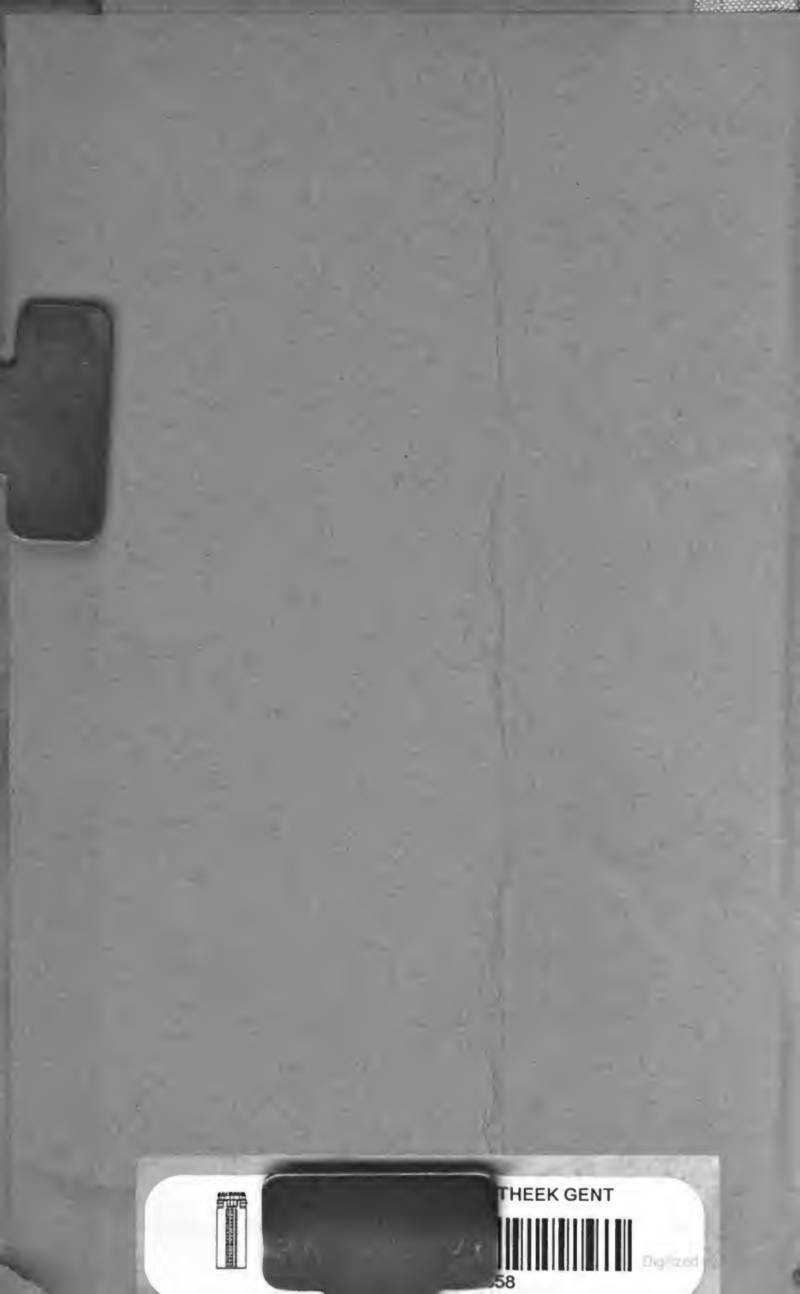
Dr. Adolf Schmidt,

Großh. badischem Hofrathe und ord. Professor des römischen Rechts zu Freiburg i. Br.

Leipzig

Verlag von S. Hirzel.

1862.







Das formelle

Recht der Notherben.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. Adolf Schmidt,

Grossh. badischem Hofrathe und ord. Professor des römischen Rechts zu Freiburg i. Br.

Leipzig
Verlag von S. Hirzel.
1862.

Vorwort.

Der Gegenstand, welchen die nachstehenden Blätter behandeln, hat von jeher die Aufmerksamkeit der Juristen in besonders hohem Grade auf sich gezogen. Den Glossatoren freilich und ihren nächsten Nachfolgern war ein eingehendes Verständnis deshalb versagt, weil sich ein solches als unmöglich erweist ohne die Leuchte der Geschichte. Gerade deshalb ist es Cujaz, der auf diesem Gebiete die Gesammtheit seiner Vorgänger und eine große Zahl seiner Nachfolger weit überragt; obgleich in seiner Art überall nur einzelne Fragen behandelnd, thut er das doch auf der Grundlage einer vollkommen klaren Einsicht in das Ganze.

Unter Denen, welche nach dem Wiederaufleben der historischen Methode in unserem Jahrhundert den rechten Weg einschlugen, ist als erster G. A. Förster zu nennen, der in seinem, im Jahre 1823 erschienenen Buche de bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum das formelle Recht der sui heredes und die bonorum possessio contra tabulas ausführlich und umsichtig behandelt hat. Auf ihn folgt J. C. Bluntschli's Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem

Recht (1829); ein Buch, welches sich durch Frische der Darstellung und eine gesunde, praktische Tendenz auszeichnet. Das Hauptwerk erschien 1831: W. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, anerkanntermaßen eine unserer besten civilistischen Monographieen, deren hohen Werth nicht im Mindesten verringert, wer ihr in einzelnen Hauptfragen zu widersprechen genöthigt ist. Als Mühlenbruch im Jahre 1832 die Fortsetzung des Glück'schen Pandektenkommentars übernahm, sah er sich veranlaßt, das gesammte Notherbenrecht einer erneuten Behandlung zu unterziehen (hierher gehören besonders der 36. und der 37. Band des Kommentars, 1833). Wo ein Gelehrter von Mühlenbruch's Bedeutung einem solchen Gegenstande sich zuwendet, da versteht sich die Tüchtigkeit der Leistung von selber, wenn auch seine Arbeit, nach Art eines mehr in die Breite als in die Tiefe gehenden Kommentars, hinter der seines unmittelbaren Vorgängers zurückstehen mag.

Die nachfolgende Zeit hat sich vorzugsweise mit der bonorum possessio beschäftigt. F. Fabricius' Schrift über Ursprung und Entwickelung dieses Institutes (1837) fand nicht blos die verdiente Anerkennung, sondern wirkte auch in mannigfach anregender Weise. Ihr folgte zunächst W. Leist's umfassendes, in das Einzelne eingehendes Werk über die bonorum possessio (1844. 1848), sodann J. Hingst's klar zusammengedrängte Uebersicht dieses Gebiets (commentatio de bonorum possessione, Amstelodami 1858).

Noch gebührt eine besondere Hervorhebung der lichtvollen Zusammenfassung, welche Arndts im 3. und im 8. Bande des Rechtslexikon's (1844. 1854) von dem heutigen Stande der gesammten Lehre des Notherbenrechts gegeben. Ganz vorzüglich aber ist der

kritisch gereiften, umsichtigen Behandlung vieler Hauptfragen in dem 2. Bande von Vangerow's Pandekten (erste Ausgabe 1842, neue Bearbeitung 1854) ehrende Erwähnung zu thun.

Das neuste hierher gehörige, erst nach Vollendung der vorliegenden Schrift mir zugekommene Werk ist F. Lasalle, das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung (1861). Der Verfasser huldiget jener philosophirenden Richtung, welche wir auf dem Gebiete des römischen Rechts durch Gans, Christiansen und Andere kennen gelernt haben. Geistreiche Leute, die sie in Wahrheit sind, fehlt ihnen gerade auf Grund ihrer Methode jene nothwendige Resignation, den eigenen Gedankenkreis der objektiven Größe des römischen Rechts unterzuordnen: anstatt dem Geiste des römischen Rechts erhalten wir des Autors eigenen Geist.

Dieser etwa ist der Stand unserer heutigen Litteratur; ihr Reichthum erleichtert die Aufgabe und erschwert sie zugleich. Das Ziel, welches ich meinerseits mir gestellt habe, ist der klare Einblick in den ebenso interessanten wie verwickelten Bildungsgang dieses Rechtstheils. In jenen Dingen, welche man nicht selten für eine Anhäufung willkürlicher Unbegreiflichkeiten anzusehen scheint, habe ich mich bestrebt, zu erkennen, was man geschichtliche Nothwendigkeit zu nennen pflegt und in Wahrheit nichts ist, als ein der Natur des Menschen entsprechender Entwickelungsgang. Namentlich war es dabei eine wesentliche Aufgabe, über dem Interesse an der Untersuchung nirgends den relativen Werth der zu untersuchenden Frage selber zu vergessen, also überall das Einzelne als ein dienendes Glied dem Ganzen unterzuordnen. Daß eine, von dem Pflichttheilsrechte (welches einer späteren Behandlung vorbehalten bleiben mag) ge-

trennte Darstellung des formellen Notherbenrechts möglich und angemessen sei, hoffe ich durch die That gezeigt zu haben.

Endlich war es mein Bemühen, nicht blos die Vergangenheit geschichtlich zu begreifen, sondern auch der Gegenwart gerade von geschichtlichem Standpunkte aus gerecht zu werden.

Civiles Recht.

Ueberall, wo sich das Recht selbstständig und ursprünglich entwickelt, wird das Notherbenrecht dem testamentarischen Erbrechte in der Zeit nachfolgen; denn es ist seine Bestimmung, eine Korrektur des letzteren zu sein. Jedenfalls hat das römische Recht diesen Entwickelungsgang eingehalten. Noch die Zwölftafeln setzen an die Spitze des testamentarischen Erbrechts den Satz: uti legassit suae rei, ita ius esto d. h. der in der Form des legare[1] ausgesprochene letzte Wille entscheidet absolut über den Nachlaß[2]. Daraus folgt, daß die Intestaterben dann ausgeschlossen sind, wenn das Testament von ihnen schweigt[3]. Dieser Satz trifft alle, also auch diejenigen Intestaterben, welche in der ersten Klasse stehend natürlich und rechtlich die Bestimmung haben, das Haus, die Familie des Erblassers

---

1) Was legare sei, stand zur Zeit der Zwölftafeln lange schon fest und wird von diesen als anerkannt vorausgesetzt. Es war keineswegs ein jedes Wollen, sondern an ganz bestimmte Erfordernisse gebunden; namentlich setzte es voraus: a. daß beide, der Testator und der Bedachte, an dem römischen Testamentsrechte Antheil haben; b. daß der Wille des Testators in derjenigen Form ausgesprochen sei, welche Sitte und Herkommen dafür festgesetzt hatten.

2) Allerdings haben einzelne Schriftsteller die Ansicht aufgestellt, schon in den Zwölftafeln sei ein Notherbenrecht enthalten gewesen: allein das Irrige dieser Behauptung ergibt sich einfach aus Fr. 120 de verborum significatione. Vergl. Francke, das Recht der Notherben, p. 13.

3) Daß sie auch dann ausgeschlossen sind, wenn das Testament zu Gunsten der Dritten nicht über den ganzen Nachlaß, sondern nur über einen Theil desselben verfügte, ergibt sich nicht aus dieser Stelle des Gesetzes, sondern aus der wörtlichen Auslegung der andern, wonach die gesetzlichen Erben nur für den Fall gerufen sind, si intestato moritur.

als selbstständige Häupter fortzusetzen, sobald er selber nicht mehr vorhanden ist: die sui heredes. In diesem Begriff sind enthalten:

1) Diejenigen, welche in der väterlichen Gewalt[4] des Erblassers bis zu seinem Tode befindlich, in dem Augenblick der Delation[5] als nächste in ihrem Stamm[6] homines sui iuris sind (sui im engeren Sinne).

2) Desgleichen die Andern, welche in dem Augenblicke des Todes des Erblassers schon erzeugt, aber nach seinem Tode geboren,

4) Die Frau, welche in der manus ihres Ehemannes sich befindet, ist filiae loco (und zwar bei ihm immer: Gai. I, 115 b, 136; II, 159) und daher quasi sua heres (Gai. II, 139; in ungenauer Rede schlechthin sua heres: Coll. XVI, 2, 3). Die in der manus eines Andern als des Ehemannes sich befindende (fiduciae causa) ist nicht filiae loco, daher nicht sua heres: Gai. I, 114, 115, 136. Die nurus in manu filii ist neptis loco, daher sua heres des Schwiegervaters erst dann, wenn ihr Ehemann weggefallen ist: Gai. II, 159. Coll. XVI, 2, 3. — Der in mancipio Befindliche folgt dem Muster der Sklaverei; er wird daher durch den Tod des Herrn nicht frei, sondern ist Gegenstand des Nachlasses.

5) Da das Testament der Intestatfolge absolut vergeht, so tritt die Delation der letzteren überall erst dann ein, wenn es feststeht, daß nicht aus einem Testament geerbt werde. Demnach wenn überhaupt kein Testament vorliegt — und ein ungültiges ist ebenfalls keines —, so hat die delatio ab intestato statt, sobald der Betreffende überhaupt beerbt werden kann, also unmittelbar mit seinem Tode. Dagegen bei Vorhandensein eines Testaments erfolgt jene erst mit dem zuweilen sehr viel späteren Zeitpunkt, in welchem es sich objektiv feststellt, daß aus dem Testament nicht geerbt werde: Gai. III, 13. Paul. IV, 8 §. 1. 11. p. I. de hered. quae ab int. §. 1. 6 I. de legit. agnat. succ. Fr. 2 §. 5. 6 de suis et legitimis. Fr. 9 §. 2 de liberis. Fr. 7 p. si tabulae. Fr. 6 p. de iniusto.

6) Das sind sie demnach, a) weil sie als nächste ihres Stammes mit dem Tode des Erblassers gewaltfrei wurden: Gai. II, 156. Coll. XVI, 2. §. 2 I. de hered. quae ab int. b) weil sie bei dem Tode des Erblassers in ihrem Stamm nicht die nächsten, noch bis zur delatio ab intestato die nächsten wurden: Fr. 7 p. si tabulae (Pap.); Fr. 1 §. 8 de suis (Ulp.); §. 7. 8 I. de hered., quae ab int. (namentlich Papinian und Ulpian erkennen, daß der, überhaupt nur auf die Zeit nach dem Tode des Erblassers bezügliche Satz successionem in suis heredibus non esse, die Intestaterbfolge nicht angehe). — Dagegen der nach dem Tode des Erblassers von seinem Vater emanzipirte Enkel ist natürlich niemals suus heres des Großvaters.

lediglich durch dieses Spätergeborenwerden von den Ersten sich unterscheiden: postumi sui[7].

Der Grund, weshalb der Erblasser in seinem Testament eines suus heres nicht gedenkt, kann dreifach verschieden sein.

1) Weil der Testator gar nicht die Macht hatte, seiner zu gedenken. So ist es bei einem Jeden, der im Augenblick der Testamentserrichtung überhaupt noch nicht vorhanden, erst nach derselben — sei es nach dem Tode des Erblassers oder bei dessen Lebzeiten — als suus desselben geboren wird, also bei dem postumus suus des testamentarischen Rechts[8]. Ein solcher ist nämlich für den Testator incerta persona und daß diese in dem Testament nicht

---

7) Die Römer setzen dem suus postumus den alienus postumus entgegen (zuweilen auch extraneus postumus genannt: Gai. I, 147). Gaius (II, 241; ihm folgen §. 26. 28 I. de legatis, Theophil. eod. l.) definirt: est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatoris futurus non est. Danach könnte man geneigt sein, den Begriff des alienus postumus auf die testamentarische Erbfolge zu beschränken; daß das jedoch die Meinung des Juristen nicht sein könne, zeigt Fr. 127 de legatis I. Für die testamentarische Erbfolge sind es alle, dem Testator nach der Testamentserrichtung geborene postumi, welche nicht zugleich sui desselben werden. So namentlich Enkel von dem emanzipirten Sohn; desgleichen Kinder ersten Grades aus einer Ehe ohne connubium (Gai. II, 241); ferner offenbar auch die Enkel von dem lebenden filiusfamilias, denn obgleich in der patria potestas des Großvaters, sind sie demselben nicht sui heredes, fallen also unter die Definition. Mit diesem Resultat stimmt auch die herrschende Meinung überein, so Mühlenbruch im 36. Bande des Kommentars, Heumann in der Gießener Zeitschrift, Band 19 p. 331, während z. B. *Schulting* ad Gai. Visig. II, 3, 2 anderer Ansicht ist.

8) Der Begriff des testamentarischen postumus stimmt mit dem des postumus ab intestato insoweit zusammen, als er die nach dem Tode des Erblassers Geborenen umfaßt. Dagegen überschreitet er die Grenze desselben in dem anderen Falle, wo er die bei Lebzeiten des Erblassers Geborenen in sich aufnimmt. Nach der Darstellung der Römer erscheint der Name als auf diesen Fall erst später übertragen: *Fr. 3 §. 1 de iniusto (Ulp.):* Postumos autem dicimus eos duntaxat, qui post mortem parentis nascuntur; sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur — — *Gai. Visig. II*, 3 §. 2: Postumorum duo genera sunt, quia postumi appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint et illi, qui post testamentum factum nascuntur.

bedacht werden könne, das gehört zu den im alten Recht zweifellosen Sätzen[9].

2) Weil der Testator von dem Vorhandensein oder künftigen Erscheinen des suus überhaupt keine Kenntnis hatte. Das ist der Fall

a) regelmäßig dann, wenn er den suus erst nach der Testamentserrichtung erhält: also bei den sub 1 genannten, eigentlichen testamentarischen Postumen[10]; desgleichen bei denen, qui postumorum loco sunt (von ihnen später);

b) wenn er der irrigen Meinung war, das Kind lebe nicht mehr;

c) wenn er der irrigen Meinung war, der Betreffende sei nicht sein Kind.

3) Weil der Testator die Absicht hatte, sein Kind auszuschließen. Das Motiv dazu kann sein:

a) weil er dasselbe für der Erbschaft unwürdig hält, sei es nun, daß er darin Recht habe oder sich irre;

b) weil er für das Kind unter Lebendigen genügend gesorgt zu haben glaubt[11];

c) weil er durch Uebergehung für das Beste des Kindes sorgen will (Anm. 48);

d) weil er die natürliche Pflicht aus Lieblosigkeit hintansetzt.

Unter diesen Verhältnissen entsprach der Stand des Rechts den Bedürfnissen des Lebens offenbar nur unvollkommen. Denn einmal

---

9) Gaius sagt das zwar nur von dem postumus alienus (*Gaius II*, 242: ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona), aber damit ist für den postumus suus keineswegs das Gegentheil ausgesprochen; denn auch dieser fällt unter den Begriff der incerta persona (Gai. II, 238; § 25 I. de legatis). Die ausschließliche Erwähnung des postumus alienus bei Gaius hat darin ihren Grund, daß zur Zeit dieses Juristen für den postumus suus das Hindernis schon beseitiget war: vergl. Ulp. XXII, 4. Theophil. ad § 26 de leg. Mühlenbruch, 36 p. 176.

10) Nur wenn der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung von der Schwangerschaft weiß, ist es anders.

11) Vergl. Fr. 61 de heredibus instituendis.

ist es ohne Weiteres klar, daß es der Staat nicht gut heißen könne, wenn die Träger der Familie durch das Testament des paterfamilias von dem Nachlasse ausgeschlossen werden, dem Willen des paterfamilias selber zuwider: und doch geschieht das in den sub 1 und 2 und zuweilen auch in den sub 3, a angegebenen Fällen. Sodann ist nicht minder einleuchtend, daß da, wo jener Ausschluß zwar auf Grund des Willens und der Absicht des Testators, aber mit Verletzung der natürlichen Pflicht lediglich aus Lieblosigkeit erfolgt, der Staat durch Aufrechterhaltung dieses letzten Willens weder in höherem Sinne gerecht noch weise verfahre. Demnach war jene, in den Zwölftafeln ausgesprochene, unbedingte Gültigkeit des Testaments von legislativem Standpunkte aus unhaltbar.

Die Nothwendigkeit einer Abhülfe wird einer ziemlich frühen Zeit eingeleuchtet haben. Aber nicht die Gesetzgebung ergriff hier die Initiative, sondern, wie in zahlreichen anderen Fällen, die Jurisprudenz, und zwar entfaltete sie ihre Thätigkeit besonders seit der Zeit, als sie in dem, bei Erbschaftsstreitigkeiten vorzugsweise kompetenten Centumviralgericht ein mächtiges Organ für Verwirklichung ihrer schöpferischen Gedanken gefunden [12]. Nachdem in dieser Art der erste Grund gelegt worden war, betheiligten sich, wie ebenfalls gewöhnlich, bei der Weiterbildung des Instituts alle übrigen Quellen des Rechts, namentlich eigentliche leges, das prätorische Edikt, Kaisergesetze [13].

---

12) Daß das Centumviralgericht für die Entwickelung des formellen Notherbenrechts eine hervorragende Thätigkeit bewies, wird uns ausdrücklich bezeugt: *Cicero* de oratore I, 38. C. 4 p. de liberis praeteritis. Unter seiner Leitung entwickelte sich dieses in früherer Zeit in ähnlicher Weise, wie in späterer das Pflichttheilsrecht.

13) Hierher gehört *Fr.* 120 *de verborum significatione. Pomp. lib.* 5 *ad Q. Mucium:* Verbis legis duodecim tabularum his: *uti legassit suae rei, ita ius esto,* latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium. Die Wortstellung des hier entscheidenden Schlusses ist zwar etwas nachlässig, aber der Sinn klar. Die durch das Zwölftafelgesetz anerkannte, absolute Testirfreiheit, welche weder für die Er-

Naturgemäß wendete sich die Jurisprudenz zuerst dem Punkte zu, welcher von allen der dringendste war, nämlich wo der suus im Testament übergangen ist, weil er übergangen werden mußte, also dem postumus [14]. Zwei Wege ließen sich hier einschlagen: entweder man verlieh auch ihm die testamentifactio, durchbrach also den Satz von der Uneinsetzbarkeit der incerta persona, oder man ließ ihn erben troß dem Testament. An den ersten Weg dachte die alte Zeit nicht; erst eine sehr viel spätere erhob sich mühsam und allmälig zu diesem Standpunkt. Dagegen finden wir schon sehr früh den entscheidenden Satz, mit welchem die ganze Entwickelung des Notherbenrechts in charakteristischer Weise beginnt: postumi agnatione testamentum rumpi [15]. Wir sagen sehr früh, weil schon Cicero denselben zu wiederholten Malen als einen solchen hervorhebt, der so zweifellos feststehe, daß kein Sachwalter wagen könne, ihn anzufechten [16]. Der Satz selber ist geradezu eine Durchbrechung des Rechtes der Zwölftafeln, vielleicht durch den Gedanken vermittelt,

---

besernennung noch für Legate noch für Tutorenbestellung irgend eine Schranke kannte, wurde allmälig durch zwei Dinge eingeschränkt: einmal durch die Interpretation, sodann durch die Auktorität der zur Rechtsbildung staatlich befugten Organe; zu den letzten gehören eigentliche leges, z. B. die furia, voconia, falcidia. Die Beschränkung des Zwölftafelsatzes durch das Notherbenrecht ist nur ein besonderer Fall unter den mehreren.

14) Den Kern des ganzen Instituts pflegt man nicht selten darin zu sehen, daß in der Präterition des Notherben ein bloses Vergessen, ein Irrthum des Testators liegen könne; die nachtheiligen Folgen eines solchen zu beseitigen, sei die hier gelöste Aufgabe. So namentlich am bestimmtesten Bachofen, die lex voconia § 14, welcher als erste Stufe der Entwickelung den völlig erwiesenen Irrthum des Vaters in dem Fall von Cicero de orat. I, 38 und als zweite den blos präsumirten Irrthum desselben annimmt. Aber der Satz postumi agnatione testamentum rumpi ist älter als jener angeblich früheste Fall (vergl. Anm. 17): und es war die Unmöglichkeit des Bedenkens offenbar ein viel dringenderer Grund als die Möglichkeit des Vergessens.

15) Ulp. XXII, 18. Fr. 12 de liberis. Fr. 1. Fr. 3 § 3. 6. Fr. 12 p. Fr. 15 de iniusto. C. 1. 2. 3 de postumis. Gai. Visig. II, 3 § 2.

16) *Cicero* pro Caecina cap. 25, de oratore I, 57. — Auch der Umstand, daß in Bezug auf die Wirkung zwischen postumus und postuma nicht unterschieden

daß diese Ungültigkeit des Testaments als der wahre Wille des Testators selber zu betrachten sei. Derselbe hat im Einzelnen folgende Bedeutung:

1) Das künftige Erscheinen des postumus hindert die ursprüngliche Gültigkeit des Testaments natürlich nicht[17].

2) Nur das zur Zeit des Erscheinens des postumus gültige Testament kann rumpirt werden[18].

3) Die Ruption erfolgt mit der Agnation, d. i. mit dem Erscheinen des postumus. Daraus ergibt sich, daß derselbe das väterliche Testament bei Lebzeiten des Vaters rumpirt, wenn er bei Lebzeiten desselben erscheint[19]. Ist dagegen die Frau beim Tode des Erblassers schwanger, so wird die Delation derzeit überhaupt suspendirt, in der Art, daß, wenn nachträglich ein lebendiger postumus zur Welt kommt, die Ruption eintritt mit seiner Geburt, im gegentheiligen Falle aber nunmehr Delation aus dem Testament statt hat[20]. [Aber die Delation wird nur verhindert durch die Schwanger-

---

wird, scheint darauf hinzuweisen, daß in der Zeit, wo man das weibliche Geschlecht zurückzusetzen anfing, die Entwickelung dieses Rechtssatzes schon vollkommen zum Abschluß gekommen war.

17) Ulp. XXII, 18. § 1 I. de exhered. lib. Theophil. ad h. l. — Gai. Visig. II, 3 § 2 ist lediglich ungenau im Ausdruck.

18) Fr. 5 de iniusto rupto testamento.

19) Fr. 3 § 3 de iniusto. (Selbst wenn der Testator in feindlicher Gefangenschaft sich befindet, gilt das Gleiche: Fr. 15 eod. Fr. 22 §. 4 de captivis.) Demnach ist der Notherbe dem Testamente gegenüber nicht erst mit der Delation des Erbrechts berechtiget, sondern sobald er als solcher existirt. Man ist eben trotz des Satzes viventis nulla hereditas est technisch suus heres nicht blos mit dem Tode des Erblassers, sondern auch bei dem Leben desselben: Fr. 29 § 13. 14 de liberis et post.

20) Fr. 84 de acq. hered. Pap. (Der da ausgesprochene Satz: quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas gilt ganz allgemein.) Daraus ergibt sich, daß der den Erblasser überlebende, zum Erben Eingesetzte dann überhaupt nicht aus dem Testamente erben kann, wenn er vor der Niederkunft der Witwe stirbt. Gesetzt nun, der im Testament Eingesetzte ist suus des Testators, so kann dieser Rechtssatz die Folge haben, daß der Notherbe nichts erhält trotz dem, ihm ausdrücklich zur Seite stehenden letzten Willen des

schaft selber (dieselbe ist ein objektives Hindernis), nicht durch die irrige Meinung, welche der Delat von ihrem Vorhandensein hat: das, was diese irrige Meinung gemäß den allgemeinen Grundsätzen[21] hindert, ist der Antritt der Erbschaft[22]: hier ist sie ein

Vaters. Das ist zwar dann nicht der Fall, wenn er allein, ohne Miterben und ohne Substituten eingesetzt ist; denn da hier die Gewißheit, daß das Testament destitut werde, nach der günstigen Auffassung der römischen Jurisprudenz schon im letzten Momente seines Lebens sich herausstellt, so tritt die Intestaterbfolge ein in eben diesem Moment, er wird mithin ipso iure Erbe ab intestato. (So argumentirt entschieden Afrikanus in Fr. 16 de liberis.) Sind ihm dagegen Miterben oder Substituten beigegeben, so wird durch seinen Tod das Testament nicht destitut, er stirbt ohne testamentarischer und ohne Intestaterbe geworden zu sein. [Darauf bezieht sich der Anfang von Fr. 16 cit.: Si filius heres institutus sit omisso postumo filioque substitutus nepos ex eo sit, si interim moriatur filius postumo non nato, nepotem tam patri quam avo suum heredem futurum. Man hat darüber gestritten, ob postumo non nato zum Voraufgehenden oder zum Folgenden gehöre, d. h. ob von dem Fall die Rede sei, wo die Witwe überhaupt keinen postumus, oder von dem andern, wo sie ihn nach dem Tode des eingesetzten Sohns gebiert. Schon Cujaz hat richtig erkannt, daß der letzte Fall in Frage stehe: denn wenn kein postumus geboren wurde, war der eingesetzte Sohn ipso iure testamentarischer Erbe (es ist daher mit der Kriegel'schen Ausgabe zu interpungiren, wie geschehen, nicht mit andern Ausgaben: filius, postumo non nato und zu ergänzen: sed nato postea). — An denselben Fall, d. h. an das Vorhandensein von Miterben oder von Substituten, muß auch Papinian denken, wenn er in Fr. 84 cit. sagt: Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? So Francke p. 90; Unhaltbares bei Cujaz in den Post. ad 4, 1 Contra.]

21) Fr. 19. 22. 46. 51 p. de acq. hered.

22) Davon handelt ausführlich Ulpian in Fr. 30 § 1—8 de acquirenda hered. Er beginnt so: Quod dicitur: *proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est aut putatur esse, adire hereditatem non potest, sed si scit, non esse praegnantem, potest* und würdiget hierauf die hervorgehobenen Worte einer sorgfältigen Exegese. Wofür sind dieselben zu halten? Die Glosse schreibt sie irgend einer lex zu, aber sie sind offenbar nichts anderes, als die in eine Formel gebrachte Rechtsregel der Jurisprudenz: gerade solche pflegen mit Quod dicitur eingeführt zu werden (Fr. 12. Fr. 14 § 1 de liberis. Fr. 6 § 2 de heredib., instit. Fr. 4 p. Fr. 19 contra. Gaius III, 180). — In § 3 werden die Worte si putatur esse praegnans exegesirt; am Schluß heißt es nach unseren Ausgaben: Quid, si ipse putat solus,

subjektives Hindernis für den Irrenden[23]. Die aus diesen Prinzipien des civile ius sich ergebenden, augenfälligen Verletzungen des aequum ius beseitigte erst das prätorische Recht[24].]

4) Die Ruptur tritt mit dem Erscheinen eines jeden postumus suus ein; Sohn, Tochter und Enkel stehen sich gleich[25].

5) Die Bedeutung der Ruptur ist absolute Vernichtung des Testaments. Demnach kann daraus gar nichts gefordert werden, selbst kein Legat[26]; das Testament bleibt ungültig, auch wenn der postumus vor dem Erblasser stirbt[27], und es tritt, sofern der Testator kein neues Testament macht, mit Nothwendigkeit Intestat-

---

Si iusta ratione ductus, non potest adire, si secundum multorum opinionem, potest. Das hat in seinem zweiten Satze keinen Sinn; denn wenn er allein sie für schwanger hält, so kann er sie nicht dafür halten secundum multorum opinionem; das, was vernünftigerweise zu erwarten ist, ist der Gegensatz von iusta ratione ductus. Demgemäß wird zu lesen sein: Si iusta ratione ductus, non potest adire, si *secus* (in Handschriften secu'), secundum multorum opinionem potest. Irgend ein gedankenloser Abschreiber sah darin eine Dittographie.

23) Die Folge davon ist, daß der eingesetzte suus, weil er ipso iure erwirbt, Erbe wird troß diesem Irrthum, während dagegen der emancipatus durch den Irrthum am Erwerb der Erbschaft schlechthin gehindert ist: Fr. 30 § 6. Fr. 84 de acquir. hered.

24) Ueberall nämlich, wo der Erbschaftserwerb dem eingesetzten Notherben (sei er civiler oder prätorischer) deshalb nach civile ius derzeit entzogen ist, weil ein postumus zu erwarten steht, da erhält jener die bonorum possessio contra tabulas aus der Person des zu erwartenden postumus (Fr. 84 de acq. h. Fr. 4 § 3 contra) und zwar als eine decretalis (das sagt Papinian in Fr. 84; Paulus in Fr. 4 hebt es zwar nicht besonders hervor, deshalb meint er aber keineswegs etwas anderes); ja sogar dann, wenn er starb, ohne sie gebeten zu haben, empfiehlt Julian die Ertheilung einer solchen bonorum possessio an seine Erben: Fr. 5 contra.

25) Ulp. XXII, 18; § 1 I. cit. Theophil. eod. l. In Folge davon hatte auch noch in späterer Zeit die postuma eine bessere Stellung als die sua iam nata: Gai. Visig. II, 3, 2.

26) § 1 I. cit. Fr. 5 de iniusto. C. 1 de postumis.

27) Fr. 12 p. Fr. 15 de iniusto. C. 2. 3 cit. Das ist erst auf dem Wege der secundum tabulas bonorum possessio durch ein Reskript des Kaisers Hadrian geändert worden: Fr. 12 p. cit. *Förster*, de bonorum poss. p. 125.

erbfolge ein. [Von dem besonderen Fall des mehrere Grade habenden Testamentes später.]

6) Da der postumus im Testament nicht zum Erben ernannt werden kann, so hat der Testator kein Mittel, diese Ruptur zu verhindern. Der Satz: postumi agnatione testamentum rumpi ist daher unbedingt und ohne Einschränkung wahr.

Der zweite Schritt der Entwickelung des Notherbenrechts liegt in der Ausdehnung des eben besprochenen Satzes postumi agnatione testamentum rumpi auf Solche, die keine postumi, aber diesen innerlich verwandt sind, die postumorum loco.

Es ist nämlich möglich, daß Jemand nach Errichtung des Testaments suus des Testators in anderer Weise als durch Geburt werde, also ohne postumus im eigentlichen Sinne zu sein.

Was zuerst die möglichen Fälle betrifft, so lassen sich zwei Klassen derselben unterscheiden.

Die erste Klasse umfaßt Diejenigen, welche zur Zeit der Testamentserrichtung zwar in der patria potestas des Testators, aber nicht als sui befindlich, bei dem, nach Errichtung des Testaments erfolgenden Wegfall bisheriger sui heredes [28] an die Stelle derselben durch Nachrücken eintreten [29]. Dieses Nachrücken kann, da

28) Dieser Wegfall wird entweder durch den Tod oder durch capitis deminutio herbeigeführt: Ulp. XXIII, 3. Fr. 13 de iniusto. Fr. 28 § 1 de liberis. Da die nurus in manu filiifamilias als Enkelin von diesem Sohne gilt, so rückt sie nach beim Tode dieses. Ob sie auch dann in der Familie des Schwiegervaters bleibt, wenn dieser den Sohn emanzipirt? Dafür ließe sich die Analogie der patria potestas anführen; dagegen spricht, daß jene, während es von den Enkeln heißt, sie seien in der patria potestas des Großvaters, konstant als in manu filii befindlich bezeichnet wird. Ist diese Beziehung juristisch genau — und wir haben keinen Grund daran zu zweifeln — so ergibt sich das sachgemäße Resultat, daß sie in der Gewalt ihres Schwiegervaters nur folgeweise stehe und mit ihrem ausscheidenden Manne daher ebenfalls ausscheide.

29) Von ihnen heißt es quasi agnascuntur sui heredes in suorum locum succedendo: Ulp. XXIII, 3. Fr. 13 de iniusto. § 2 I. de exhered. lib.

die Delation des Notherbenrechts in demselben Moment wie die des testamentarischen Erbrechts stattfindet, lediglich bis zur Delation aus dem Testament, also bis zum Tode des Erblassers erfolgen [30]. Nur eine scheinbare Ausnahme wird uns mitgetheilt. Wenn nämlich der in feindlicher Gefangenschaft befindliche filiusfamilias nach dem Tode seines Vaters in der Gefangenschaft stirbt, so rückt sein Sohn, welcher in des Großvaters Gewalt bis zum Tode desselben stand, doch noch als Notherbe des Großvaters nach: das ist in der Ordnung, denn im Grund hat es hier lediglich nachträglich sich herausgestellt, daß dieser Vater seinem Kinde niemals im Wege gestanden [31].

---

30) *Fr.* 9 § 2 *de liberis (Paul.):* Si filium exheredavero nepotemque ex eo praeteriero et alium heredem instituero et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum, Julianus et Pomponius et Marcellus aiunt. Diese Auseinandersetzung zeigt, daß der vernünftige Satz des Textes durch die Erkenntnis der Jurisprudenz allmälig festgestellt wurde. — In Fr. 6 p. de iniusto gründet Ulpian die gleiche Entscheidung auf den allgemeinen Satz: nam agnascendo quidem is rumpit, quem nemo praecedebat mortis tempore. In Fr. 13 eod. geht Gaius ebenfalls von der Voraussetzung aus, daß die Succession des Notherben lediglich bis zum Tod des Erblassers statt habe. Papinian in Fr. 7 p. si tabulae erklärt, daß wenn der exheredirte Sohn nach dem Tode des Erblassers stirbt, während der eingesetzte Erbe deliberirt und hierauf der letztere ausschlägt, der Enkel ab intestato nachrücke (vergl. Anm. 6); danach fährt er fort: Ceterum etsi non sit exheredatus nepos, adiri poterit ex testamento hereditas a scripto herede, filio mortuo; quare qui non obstat iure intestati, iure testati videbitur obstitisse. Das heißt: wenn der exheredirte Sohn stirbt, während der eingesetzte Erbe deliberirt, so kann der letztere doch noch antreten, weil nach dem Tode des Großvaters der Enkel für das Notherbenrecht nicht mehr nachrückt, „während daher der enterbte, erst nach dem Tode des Erblassers wegfallende Sohn dem Intestaterbrecht des Enkels nicht im Wege steht, steht er dem Notherbenrechte desselben entgegen." C. 34 de inofficioso testam. C. 2 de liberis praeteritis.

31) Am klarsten spricht sich Ulpian in Fr. 6 § 1 de iniusto aus: Sed si pater eius, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos iste, patre in eadem causa decedente, post mortem avi succedendo testamentum rumpet, quia suprascripta persona ei non obstat; nec enim creditur in rebus humanis fuisse, quum in ea causa decedat (daß hier vom postumus gesprochen wird, ist lediglich eine Zufälligkeit des erörterten Falles; bei dem nepos iam na-

Die zweite Klasse wird von Denjenigen gebildet, welche zur Zeit der Errichtung des Testaments nicht Hauskinder des Testators, erst nach derselben in seine väterliche Gewalt als sui, und zwar in anderer Weise als durch Geburt, eintreten. Hierher gehören:

1) Die nach der Testamentserrichtung als sui angenommenen Fremden, also arrogirte und adoptirte, desgleichen die erst nach dieser Zeit in die manus genommene Ehefrau [32].

2) Die nach Errichtung des Testaments in die patria potestas des Testators zurückfallenden Kinder. Nämlich

a) das von dem Vater aus der Gewalt entlassene und wiederum adoptirte Kind;

b) das nach dem Testament aus feindlicher Gefangenschaft zurückkehrende Hauskind [33];

c) der in das mancipium gegebene Haussohn, welcher nach

---

tus verhält sich die Sache ebenso). Danach also gilt der in der Gefangenschaft gestorbene Sohn als mit seiner Gefangennehmung rechtlich verschwunden. Vollkommen einig darüber war man jedoch nicht; noch Gaius I, 129 zeigt, daß nach einer andern Ansicht ein solcher als erst mit seinem Tode weggefallen angesehen wurde und auch Skävola (Fr. 29 § 14 de liberis) betrachtet die obige Auffassung als eine gewagte, wenn sie sich auch vertheidigen lasse. Hierher gehört auch Fr. 9 § 2, wenn es nach den in der vorigen Anmerkung hervorgehobenen Worten fortfährt: Diversumque est, si in hostium potestate filius sit et decesserit in eodem statu; rumpit enim in his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii ius pependerit, non abscissum, ut in superiore casu, fuerit. Auch Paulus erkennt hier das Nachrücken des Enkels an, nur ist der von ihm angegebene Grund völlig dunkel. Denn danach soll der Enkel nachrücken, weil bei des Großvaters Tode das Recht seines Vaters noch nicht abgeschnitten ist. Was soll das heißen? Man erwartet vielmehr den Gedanken, es rücke derselbe nach, weil sein eigenes Recht bei dem Tode des Großvaters noch nicht beseitiget, sondern im Ungewissen war. Diesen Sinn nun bringt eine gute, weil einfache, Konjektur von Antonius Faber; er nämlich schlägt vor, statt quia moriente avo *filii* ius pependerit zu lesen *illius* ius; dieser ille ist der Enkel.

32) Gai. II, 138. § 2 I. quibus modis testamenta.

33) Fr. 29 § 6. Fr. 31 de liberis. Fr. 6 § 1 de iniusto. § 4 I. de hereditatibus, quae ab intestato. [Fr. 10 de iniusto widerspricht nicht.]

der ersten oder zweiten mancipatio von Demjenigen, in cuius mancipio est, manumittirt wird[34].

3) Die letzte Kategorie fügte erst das Recht der Kaiserzeit hinzu; sie umfaßt diejenigen vom Testator erzeugten, ursprünglich gewaltfreien Kinder, welche nach Errichtung des Testaments in die patria potestas ihres Vaters zum ersten Male eintreten. Fälle:

a) Die einem, vor Hadrian erlassenen Senatuskonsult entstammende erroris causae probatio, welche die Familie in die Civität erhebt und patria potestas über die Kinder bringt[35].

b) Die auf einem, unter Hadrian erlassenen Senatuskonsult beruhende anniculi causae probatio, dem infolge der lex aelia und der lex iunia latinus gewordenen Freigelassenen zustehend, mit der gleichen Wirkung wie im vorigen Fall[36].

c) Wenn ein Haussohn, dessen Kind in des Großvaters Gewalt sich befindet, iure militari testirt hat, so wird dieses Kind mit dem Tode seines Großvaters gemäß den allgemeinen Grundsätzen suus heres seines Vaters und ist daher jenem Testament gegenüber postumi loco[37].

d) Das im Konkubinat erzeugte Kind fällt nicht in die väterliche Gewalt. Allein die seit Konstantin's Zeiten entstandenen, bekannten Formen der Legitimation bringen die väterliche

---

34) Denn der Sohn fällt dann in die patria potestas zurück, wird also wieder suus heres: Ulp. XXIII, 3. Coll. XVI, 2 § 6. Gai. II, 141. Dagegen bei in das mancipium gegebenen Töchtern oder Enkeln ist dieser Fall nicht möglich: *Fr.* 8 *de iniusto (Ulp.)*: Filia quum emancipatur vel nepos, quia una mancipatione exeunt de patris potestate, testamentum non rumpunt.

35) Gai. I, 67 sq. III, 5. Coll. XVI, 2 § 4. 5.

36) Gai. I, 29—32, 65, 66. III, 5. Ulp. III, 3. Coll. l. l.

37) In Fr. 28 § 1 de liberis sagt Tryphoninus von diesem Fall: Non quidem adoptavit nec hodie ei natus est filius nec priore subducto de potestate suo herede ulterior successit in proximum locum, sed tamen in potestate sua habere coepit quem non habebat, simulque paterfamilias factus est et filius sub eius recidit potestate; rumpetur ergo testamentum.

Gewalt nachträglich, machen also das Kind nachträglich zum suus heres.

Alle diese, in den beiden eben erörterten Klassen stehenden sui heredes hatten an dem Satze postumi agnatione testamentum rumpi deshalb ursprünglich keinen Antheil, weil sie eben keine postumi waren. Ihre Stellung war auch anscheinend insofern eine günstigere, als in der Zeit, bevor sie sui wurden, ihrer Einsetzung im Testament ein rechtliches Hindernis in der Regel nicht entgegenstand. Aber es war dabei andererseits zu erwägen: einmal, daß diese Einsetzung, selbst wenn sie erfolgt war, nicht mit der Absicht erfolgt sein konnte, den suus zu bedenken, daß also nicht die Rücksicht auf das eigene Haus, sondern lediglich die Zuneigung zu einem Fremden dabei den Maßstab abgegeben hatte; sodann, daß dieses Bedenken aus dem gleichen Grunde nur ein rein zufälliges, thatsächlich in der Regel nicht vorhanden war. Derartige Erwägungen mögen für die Jurisprudenz maßgebend gewesen sein, als sie die genannten Personen in das Notherbenrecht aufnahm. Sie that das auf dem Wege der Analogie. Indem sie von ihnen insgesammt erklärte, sie seien postumorum loco [38] und von ihnen sagte: quasi agnascuntur [39], kam sie zu dem bedeutsamen Resultate, daß der Satz postumi agnatione testamentum rumpi mit allen seinen Konsequenzen auf sie anwendbar sei [40].

---

38) Fr. 13 de iniusto. § 2 I. de exhered. liberorum.

39) So von der adoptio: Gai. II, 138. § 2 I. quibus modis testamenta; von der in manum conventio: Gai. II, 139; von der erroris causa probatio: Gai. II, 142; von dem, qui in locum sui heredis succedit: Fr. 13 p. de iniusto. In weniger sorgfältiger Rede sagt man auch hier agnatio (Fr. 8 p. de iniusto) und heutzutage pflegt man namentlich bei den Adoptirten nicht selten zu vergessen, daß ihre Verwandtschaft lediglich eine quasi agnatio ist.

40) Ulp. XXIII, 23. § 2 I. de exhered. Theophil. eod. l. Fr. 8 p. de iniusto. Demgemäß wird diese Ruption auch nicht durch die im Testament vorhandene Institution verhindert: Gai. II, 140. 141, und es folgt weiter daraus, daß durch die Emanzipation des Sohns ursprünglich mit Nothwendigkeit das väterliche Testament rumpirt wurde, nicht aber ebenso durch die der Tochter oder des Enkels (Anm. 34).

Eine dritte Stufe der Fortbildung führt zu den schon bei der Testamentserrichtung vorhandenen sui heredes. Hier ist das Verhältnis insofern ein wesentlich anderes, als weder eine rechtliche Unmöglichkeit der Einsetzung entgegensteht, wie bei den postumi, noch auch die Betreffenden zur Zeit der Testamentserrichtung der Familie des Testators nicht angehören, wie die meisten quasi postumi: demnach auch in der Uebergehung ganz füglich ein Ausschluß kraft des Willens des Erblassers enthalten sein kann. Dagegen besteht bei einer solchen Präterition die Möglichkeit,

a) daß dieser Wille in Wahrheit dennoch fehlt, weil der Testator von der Existenz des suus keine Kenntnis hat;

b) daß dieser Wille zwar vorhanden, aber so geartet ist, daß er wider die natürliche Pflicht des paterfamilias verstößt.

Es kam eine Zeit, welche das Bedürfnis fühlte, jenes Uebermaß von Testirfreiheit, wie es die Zwölftafeln hingestellt hatten, auch nach dieser Seite hin zu beschränken. Die Art, wie hier — und zwar entschieden vor Cicero's Zeit[41] — abermals von der Jurisprudenz[42] eingeschritten wurde, erschuf das formelle Notherbenrecht. Sie

41) Aus Cicero's Erzählung de oratore I, 38 hat man folgern wollen, es sei bis dahin die Präterition des lebenden Sohnes ein gültiger Rechtsakt gewesen und lediglich durch die damals sich zuerst entwickelnde Praxis des Gerichtshofs zu einem ungültigen geworden (*Schulting* ad Gai. II, 3 und ad Ulp. XXIV, 12; Bachofen, die lex voconia § 14). Aber die Auseinandersetzung bei Cicero hat im Gegentheil den Satz, daß ein Haussohn nicht präterirt werden dürfe, als das anerkannte Recht der damaligen Zeit zur Voraussetzung (vgl. Anm. 166 ff.). Ueberhaupt weisen die Dinge auf eine ziemlich bedeutend frühere Entstehung des Notherbenrechts hin, als man gewöhnlich anzunehmen pflegt: *a*) der Satz postumi agnatione testamentum rumpi ist sehr viel älter als Cicero (Anm. 16); *b*) das formelle Notherbenrecht überhaupt muß bedeutend älter sein als die querela inofficiosi testamenti, welche ihrerseits zu Cicero's Zeit bestand; *c*) es ist vermuthlich älter als die lex voconia (Anm. 64); *d*) zu der Zeit als die bonorum possessio contra tabulas eingeführt wurde, muß das civile Notherbenrecht schon geraume Zeit bestanden haben.

42) Daß wir es auch hier mit einer Schöpfung der Jurisprudenz zu thun haben, zeigt die ganze Art der Abhülfe, namentlich der Umstand, daß die Form der Exheredation ganz und gar durch Raisonnement festgestellt wird.

forderte nämlich als rechtliche Nothwendigkeit, was zuverlässig schon vorher in vielen Testamenten thatsächlich sich vorfand[43], daß der Ausschluß dieser Familienglieder von der Zahl der heredes im Testament nicht stillschweigend erfolge durch Uebergehung, sondern ausdrücklich durch Enterbung. Sui heredes — heißt es jetzt — aut instituendi sunt aut exheredandi[44]. Eine Erklärung der Bedeutung dieses Erfordernisses geben die Quellen nirgends[45]. Meines Erachtens liegt darin die Anforderung:

> daß der paterfamilias über die sui heredes ein Urtheil im Testament ausspreche[46], entweder sie ehrend durch den

43) Aehnlich wie bei den Fideikommissen, von denen wir gewiß wissen, daß sie in den römischen Testamenten schon zu einer Zeit gefunden wurden, wo von ihrer rechtlichen Wirksamkeit noch keine Rede war.

44) Ulp. XXII, 14. p. I. de exh. lib. Vergl. Fr. 30 de liberis et postumis.

45) Die herrschende Ansicht findet in Fr. 11 de liberis et post. einen Versuch des Juristen, das formelle Notherbenrecht innerlich zu begründen. Aber Paulus beschäftiget sich ausschließlich mit der Frage, warum die sui heredes ipso iure Erben werden. Er findet [wie Andere: Gai. II, 157; § 3 I. de hered. quae ab int.; Fr. 7 p. de bonis damnatorum, wo statt dem indictum der Florentina und dem indicatum ihrer Korrektur zu lesen sein wird inditum] den Grund der Erscheinung darin, daß jene schon bei Lebzeiten des paterfamilias als Herrn des Vermögens gewissermaßen betrachtet werden können [das ist durchaus nur vergleichungsweise zu verstehen, wie hier auch nur gesagt ist und wie es in den Institutionen von ihnen heißt et statim morte parentis quasi continuatur dominium; es steht damit ähnlich wie mit dem angeblichen Eigenthum der Ehefrau an der dos und es mag daran erinnert werden, daß Ulpian in Fr. 1 § 12 de succes. ed. sogar von allen zur Erbfolge berufenen liberi et parentes überhaupt sagt: paene ad propria bona veniunt]. Diese Auffassung der Sache als quasi dominium, fügt er hinzu, wird auch dadurch nicht widerlegt, daß der Vater das Kind enterben kann, kann er es doch ursprünglich sogar tödten. Demnach wird hier nicht etwa die Natur des Notherbenrechts erörtert, sondern ein, von dem Enterbungsrecht des Vaters gegen die Idee des quasi dominium beim Kind entlehnter Grund beseitiget.

46) Vergl. Fr. 16 § 3 de curatoribus furioso. Fr. 12 § 6 de bonis libert.

honor der Erbeseinsetzung[47] oder sie für unwürdig erklärend durch die nota der Enterbung[48].

Durch diese Form wird das Eine im Wesentlichen erreicht, daß das Testament selber den Beweis liefert, es habe der Testator den suus nicht aus Irrthum ausgeschlossen. Dagegen der weiteren Anforderung, daß dieser Ausschluß keine materielle Ungerechtigkeit enthalte, wird in Wahrheit noch nicht entsprochen. Zwar so viel ist gewonnen, daß ein Urtheil ausdrücklich gesprochen werden muß: aber immer noch gilt dieses väterliche Urtheil, gemäß dem Geiste der alten väterlichen Gewalt, unbedingt, ohne irgend einer Kontrole zu unter-

---

47) Jedes Bedenken des Andern im Testament galt von jeher als honor; und zwar vor Allem die Erbeseinsetzung: Fr. 26 p. si quis omissa. Fr. 5 § 6 de legatis praest. C. 4 § 2 de liberis praet. Cicero, philip. II, 16; desgleichen die Zuwendung eines Legats: Cic. philip. II, 16, pro domo cap. 32. Plin. ep. VII, 20. Fr. 3 § 2 de leg. praest. C. 4 § 2 cit.; aber die hereditas ist der plenior honor: Fr. 5 § 6 de leg. praest. Apuleius, apolog. II p. 592 (Oudend.). — Vom Vater zum Erben eingesetzt werden bezeichnet Ulpian als iudicium patris merere: Fr. 1 § 6 de collatione.

48) Der gewöhnliche Fall wird als nota exheredationis bezeichnet: Fr. 8 p. Fr. 20 p. de b. p. contra tabulas. Fr. 1 § 5 de adsign. libert. Fr. 47 p. de bonis libert. Fr. 1 p. de coniung. C. 10 de testamento mil. Theophil. ad p. I. de exhered.; der Testator erklärt dadurch den Betreffenden für indignus etwas zu erhalten: Fr. 12 § 6 de bonis libert. und für einer iniuria würdig: C. 4 de liberis praet. C. 24 de legatis. Das gilt auch für die exheredatio postumi: in der Enterbung des nepos postumus liegt ein, von den Eltern auf das Kind übertragener Tadel dieser Ehe, Fr. 3 § 5 de b. p. contra tabulas; in der Enterbung des eigenen postumus ist eine nota zu erkennen, welche von der Mutter auf das Kind übertragen wird (vergl. auch Val. Max. VII, 7, 3). So der allgemeine und regelmäßige Charakter. Allerdings kann die exheredatio auch non notae causa erfolgen; aber das ist nur die Ausnahme, welche sich aus den Umständen zu ergeben hat, namentlich aus der Zuwendung von Vermächtnissen oder der Versorgung unter Lebendigen, verbunden mit Angabe des Enterbungsgrundes: Fr. 18 de liberis et post. Fr. 12 § 2. Fr. 47 p. de bonis libert. Ein Beispiel der non notae gratia facta exheredatio bringt in Fr. 61 de heredib. instit. Modestinus: te autem, filia, ideo exheredavi, quoniam contentam esse dote [vielleicht dote *te*] volui. Vergl. Fr. 16 § 2 de curatoribus furioso.

liegen[49]. Beobachtet nur der Testator die ihm aufgelegte Form der Exheredation, so ist er im Uebrigen so frei wie früher. Weil nun der Jurisprudenz selber das Unzureichende ihres Auskunftsmittels natürlich nicht entging, deshalb legte sie gewiß schon früh ihrer Thätigkeit jenes Prinzip zu Grunde, welches Skävola keinesfalls neu erfand, vielleicht aber zum ersten Mal in den Worten formulirte: exheredationes non esse adiuvandas[50]. Nicht also aus dem Grunde entwickelte man jene spitzfindige Form der Exheredation, um einem frivolen Spiele des Formalismus zu huldigen; sondern im Dienste der Gerechtigkeit.

Wenn nun dieser formellen, an späterer Stelle zu entwickelnden Anforderung in dem väterlichen Testament nicht genügt ist, so tritt nach dem ältesten Recht, von welchem wir wissen[51], folgende Wirkung ein.

Das Recht des filiusfamilias ist ein anderes und besseres als das der übrigen sui heredes, also der Töchter und der Enkel.

---

49) Spezielle Beschränkungen des Exheredationsrechtes finden sich vor Justinian nur vorübergehend. So hatte Kaiser Augustus ein Edikt erlassen, wonach der filius miles gar nicht exheredirt werden durfte; dasselbe war jedoch schon zu Paulus' Zeit wieder aufgehoben: Fr. 26 de lib. et post. So ferner bestimmte Majorian, daß Töchter nicht vor ihrem 40. Lebensjahr zum Keuschheitsgelübde bestimmt werden dürften und daß, wenn ein Vater eine solche deshalb exheredirt hat, weil sie seiner Bestimmung zuwider sich dennoch verheirathete, die Exheredation rechtlich einer Präterition gleich stehen solle: Nov. Maior. tit. VI § 3. — Eine Kontrole liegt erst mittelbar in dem ebenfalls durch die Praxis des Centumviralgerichts gethanen Schritt der querela inofficiosi testamenti. Der Gedanke dieser ist die Prüfung der Frage, ob der Erblasser pflichtmäßig und daher vernünftig gehandelt habe, als er gewisse nahe Verwandte, zu denen natürlich auch die sui gehören, in formell nicht anzufechtender Weise selbst von einer bestimmten kleinen Quote ihres Intestaterbtheils materiell ausschloß.

50) Fr. 19 de liberis et postumis.

51) Die Einen vermuthen, es habe ursprünglich überhaupt nur der *filius* suus Notherbenrecht gehabt. Andere dagegen nehmen an, das allen sui überhaupt gleich anfangs zustehende Notherbenrecht sei für alle ursprünglich gleich gewesen (Förster p. 81). Beiden Aufstellungen fehlt eine jede äußere und innere Begründung.

Die Uebergehung des ersteren, also des filiusfamilias, hat Ungültigkeit des Testaments zur zweifellosen Folge[52]. Lediglich über den Zeitpunkt ihres Eintritts waren nach Gaius Zeugnis[53] die beiden Juristenschulen verschiedener Meinung[54]. Zufolge der Ansicht der Prokulejaner nämlich ist ein solches Testament von Anfang an gültig und wird erst dann ungültig, wenn der übergangene Sohn im Augenblick des Todes des Erblassers noch als Notherbe vorhanden ist[55]. Dagegen stellen die Sabinianer als Regel hin — und die Pandekten sind in ihrem Sinne excerpirt[56] — ein so geartetes Testament sei ungültig von Anfang an[57]. Nach diesen zweiten Auffassungen sind also die Erbeseinsetzungen, Legate und Freilassungen ungültig[58] und natürlich ebenso die Exheredationen[59]. Ein früheres Testament wird durch dieses nicht rumpirt[60]; ist kein

52) Inutile testamentum: Gai. II, 123; p. I. de exhered. lib.; Fr. 30 de liberis (Gaius); non valet testamentum: Ulp. XXII, 16; Fr. 16 § 1 de vulgari (Pomp.); Fr. 7. Fr. 31 de liberis (Paul.); Gai. Vis. II, 3 p.; iniustum testamentum: Fr. 3 § 3 de iniusto (Ulp.); Fr. 6 § 1 de liberis (Ulp.); non iure factum testamentum: Fr. 13 de iniusto (Gai.). Papinian in Fr. 1 de iniusto unterscheidet; als non iure factum stellt er dasjenige Testament hin, dem die äußere Form fehlt, als nullius momenti das andere, in welchem der Sohn übergangen ist.

53) Gai. II, 123.

54) Uebrigens kann die Kontroverse füglich älter sein als die beiden Schulen.

55) Aus dieser Auffassung folgt: *a*) das Testament wird praktisch wirksam, wenn der Sohn im Augenblick des Todes des Erblassers weggefallen ist, sei es durch Tod oder durch capitis deminutio (vergl. Gaius a. a. O.); *b*) ein früher errichtetes Testament ist durch dieses jedenfalls rumpirt.

56) Nur eine Stelle der Pandekten weist meines Wissens auf das Vorhandensein der Streitfrage hin: Fr. 8 de liberis (Pomponius). Die Institutionen sagen kategorisch, das Testament sei von Anfang an ungültig: p. I. de exhered. liberorum.

57) Sie werden dabei dem Vorbilde des Satzes postumi agnatione testamentum rumpi gefolgt sein; denn darin liegt der Gedanke: das Testament ist ungültig, sobald der suus vorhanden ist.

58) Fr. 17 de iniusto rupto testamento.

59) Fr. ult. de liberis et post. Fr. 1 § fin. si tabulae test.

60) Fr. 7 de liberis. Fr. 16 § 1 de vulgari.

solches vorhanden, so tritt Intestaterbfolge ein. Das einmal ungültig errichtete Testament bleibt ungültig, auch wenn der präterirte Haussohn vor dem Vater stirbt[61]. Nur einer Beschränkung unterliegt dieser Grundsatz von der absoluten Ungültigkeit des Testaments; wenn dasselbe nämlich mehrere Grade hat, so wird jeder derselben so behandelt, wie wäre er ein eigenes Testament und es ist demnach nur derjenige Grad ungültig, bei welchem die Präterition sich findet[62].

Wenn dagegen zwar kein Sohn, wohl aber ein anderer Notherbe, also Tochter oder Enkel, präterirt wurde, so ist Nichtigkeit des Testaments niemals die Folge; dieses besteht vielmehr zu Recht und es bleiben daher die Erbeseinsetzungen, die Enterbungen, die Legate, die Freiheitsertheilungen u. s. w. gültig[63]. Dem Rechte

61) p. I. de exh. lib. Fr. 7. 8 de liberis et post.

62) Die Juristen pflegten zu sagen: eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere (Fr. 14 § 1 de liberis). Wenn daher der Sohn im ersten Grad präterirt, beim zweiten dagegen entweder instituirt oder exheredirt ist, so beginnt das Testament mit dem zweiten Grad: inde incipit testamentum, ubi filius est exheredatus (Fr. 75 de her. inst.; Fr. 3 § 6 de liberis; Fr. 43 § 2 de vulgari). Ist er dagegen bei dem ersten Grad exheredirt, bei dem zweiten präterirt, so ist der erste Grad gültig, der zweite ungültig (Fr. 8 de liberis). Ist er endlich bei dem ersten Grad instituirt, so ist das ganze Testament natürlich gültig, wäre er auch bei den folgenden Graden präterirt, denn er ist ja nicht verletzt (Fr. 14 § 1 cit.; dasselbe gilt sachgemäß auch dann, wenn der Sohn in dem ersten Grad unter einer Potestativbedingung eingesetzt ist: Fr. 4 § 2 de hered. instituendis. Francke p. 71. 72). — Uebrigens ergibt sich aus der Darstellung dieser Stellen, insbesondere aus der Art, wie Ulpian in Fr. 3 § 6 sich auf die Auktorität von Sabinus, Cassius und Julianus beruft, mit ziemlicher Sicherheit, daß auch eine andere Anschauungsweise bestanden hat; welche freilich, ist nicht mit Sicherheit zu sagen. Francke p. 81 und die da angeführten älteren Juristen glauben, die oben hervorgehobene Ansicht der Prokulejaner (die in Fr. 3 angeführten sind insgesammt Sabinianer) habe zu dem Resultat geführt, daß der übergangene, im Augenblick des Todes des Erblassers lebende Sohn den Grad rumpire und daher Erbe werde gegen diesen Grad (tollendo primum gradum sibi locum facit).

63) Testamentum valet: Gai. II, 124; Ulp. XXII, 17; non infirmatur: p. I. de exheredatione lib.; Theophil. eod. l.; stat: Gai. Visig. II, 3, 1; non rumpitur: Lex Rom. Burgund. XLIV. Daher kann Skävola in Fr. 29 § 10 de liberis von Enkel und Urenkel sagen praeteriri possunt, ohne entfernt an

jener Notherben aber wird dadurch entsprochen, daß sie so behandelt werden, wie wären sie im Testamente ebenfalls eingesetzt. Scriptis

---

die Abläugnung ihres Notherbenrechtes denken zu wollen. — Aber aus welchem Grunde ist die Präterition der Töchter und der Enkel von geringerer rechtlicher Wirkung als die des Sohnes? Die Quellen geben darüber keine Auskunft. Das römische Recht hatte eben eine Periode, in welcher überhaupt die Tendenz vorwaltet, dem Sohne als dem künftigen Haupte des Hauses eine rechtlich bedeutendere Stellung einzuräumen als Töchtern und Enkeln. Das ist jene Zeit, in welcher man den Zwölftafelsatz si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto auf den Sohn einschränkend, Töchter und Enkel durch einmaligen Verkauf vom väterlichen Hause getrennt gelten ließ. Dieser Richtung und dieser Zeit wird auch die hier fragliche Unterscheidung angehören. Erst eine spätere, von dieser verschiedene Periode hatte die Tendenz, die Frauen — und zwar ohne nächste Beziehung auf das römische Haus — im Erbrechte zurückzusetzen gegen die Männer. In der lex voconia mag diese Richtung ihren frühesten Ausdruck gefunden haben, sie ist von da in das prätorische Edikt übergegangen und sogar die legitima hereditas ist von der Interpretation in diesem Sinne beschränkt worden. Schon Förster p. 81 sq. hat auf die Möglichkeit eines Zusammenhanges des hier in Frage stehenden Satzes mit der lex voconia hingewiesen und Bachofen (die lex voconia p. 57 ff.) hat es versucht, die nähere Begründung davon herzustellen. Jenes vokonische Gesetz bestimmt, daß ein in der ersten Klasse Censirter Frauen überhaupt nicht zu Erben einsetzen dürfe, selbst nicht seine Tochter, daß er jedoch berechtigt sei, denselben Legate zuzuwenden bis zum Betrage der Hälfte der Erbschaft. Bachofen meint nun, wenn der Töchter habende paterfamilias testire, so werde schon durch die Existenz des Testaments so viel wenigstens erwiesen, daß ihnen der Vater keinesfalls mehr als die Quote des Vermögens habe zukommen lassen wollen, welche er nach der l. voconia in der Form des Legats ihnen noch zuwenden konnte; das Centumviralgericht habe nicht annehmen können, daß der Vater aus Irrthum ein Testament gemacht, wohl aber, daß er in demselben aus Irrthum seiner Tochter nicht so viel zugewendet habe, als ihm nach den Regeln jenes Gesetzes möglich war. Daher sei jene eigenthümliche Akkrescenz erfunden worden, wodurch die Töchter, und zwar als Miterbinnen, diejenige Quote erhielten, welche sie als legatariae partiariae hätten erhalten können. Aber ich glaube, daß keine derartige Verknüpfung dieser Rechtssätze bestand. Ich will kein Gewicht darauf legen, daß nicht füglich einzusehen ist, weshalb es leichter sein soll zu fingiren, der Testator habe aus Irrthum kein Legat vermacht, als er habe überhaupt aus Irrthum testirt. Auch der Umstand soll nicht betont werden, daß die voconia nur auf die in erster Klasse Censirten sich bezieht, das Notherbenrecht dagegen auf alle Bürger überhaupt; denn dagegen ließe sich auf das Beispiel der Intestaterbfolge hinweisen

heredibus accrescunt, ist die technische Bezeichnung[64], wodurch zugleich die Natur ihres Rechts charakterisirt ist. Denn da sie, wenn überhaupt erbend, sui heredes sind, so erwerben sie ipso iure als necessarii heredes[65]; da sie als scripti heredes gelten, so haben sie von den Legaten den auf ihre Quote fallenden Theil zu entrichten[66]. Was die Größe der Quote betrifft, zu welcher sie erben, so unterschieden Interpretation und Praxis je nach der Art der eingesetzten Erben[67]. Sind diese nämlich ebenfalls sui heredes, so erhält ein jeder[68] Akkrescirende einen Kopftheil, d. i. also der Regel nach seinen Intestaterbtheil[69]. Waren dagegen extranei im Testa-

---

(Paul. IV, 8 § 22). Aber zwei andere Momente halte ich für entscheidend. Einmal nämlich würde in der voconia doch immer nur die Erklärung für die Stellung der Töchter erkannt werden können, nicht aber auch zugleich für die der Enkel, um welche es sich gerade ebenso gut handelt. Sodann wenn man das Recht der Töchter nach Maßgabe der voconia gestaltet hätte, so waren sie offenbar nicht als scriptae heredes zu behandeln, sondern eben nur als legatariae. Die Sache wird sich umgekehrt verhalten: weil die voconia das so gestaltete Notherbenrecht der Töchter vorfand, deshalb war jener leidlich rohe Satz von der absoluten Einsetzungsunfähigkeit der Frauen allenfalls erträglich.

64) Vergl. die Stellen der vorigen Anmerkung und Nov. Maior. VI, 3. Aber die Sache ist eben doch nur eine Fiktion; in Wahrheit erben hier testamentarische und Intestaterben friedlich nebeneinander.

65) Daraus wird folgen: dieselben verbleiben rechtlich auch dann testamentarische Erben, wenn die instituti heredes insgesammt ausschlagen. Demnach bleiben in diesem Falle die Legate und die Exheredationen bestehen.

66) C. 4 p. de liberis praeteritis (Iust.). Demnach sind die den Akkrescenzerben selber im Testament zugewendeten Legate regelmäßig wie Prälegate zu behandeln.

67) Stellen der Anm. 63.

68) Nach Förster p. 88 soll lediglich die Gesammtheit der sui eine virilis portio erhalten. Dagegen hat sich mit Recht zuerst Bluntschli p. 38 und nach ihm Mühlenbruch p. 340, Bachofen p. 58 u. A. erklärt. Für die Ansicht des Textes spricht die gebrauchte Bezeichnung virilis pars, die Darstellung bei Theophilus [εἰ δὲ σοῦοι, λαμβάνει τὸ ἀναλογοῦν, τουτέστι τρεῖς οὐγκίας, ὅσον ἤμελλε λαμβάνειν, εἴγε ἀδιάθετος ἐτελεύτησεν ὁ πατὴρ], welche geradezu auf den Intestattheil hinweist, und endlich der natürliche, innere Zusammenhang.

69) Daher behauptet Bluntschli mit Grund, daß Enkel desselben Stammes zusammen einen Kopftheil zu erhalten haben. Mehr als den Intestattheil

ment zu Erben ernannt, so sah man, weil die Anwendung der virilis portio absolut unthunlich war[70], sich veranlaßt, in der Art durchzugreifen, daß man die Erbschaft geradezu halbirte, die eine Hälfte der Gesammtheit der Akkrescenzerben gewährend, die andere den eingesetzten extranei belassend[71]. Sind endlich sui und extranei nebeneinander eingesetzt, so erfolgt konsequenter Weise für jede von beiden gesonderte Rechnung, und zwar für jede nach ihrem besonderen Prinzip[72].

Die vierte Entwickelungsstufe geht abermals zu den postumi und den quasi postumi zurück. Durch jenen Satz postumi agnatione testamentum rumpi war allerdings für das Interesse der Postumen in vollstem Maße gesorgt. Dagegen konnte der Umstand, daß in Folge desselben Satzes durch das Erscheinen eines

---

können die anwachsenden Notherben dann erhalten, wenn das Testament Exheredationen enthält. Den eingesetzten Notherben wird nach Maßgabe ihrer Institutionsportionen abgezogen, und zwar ohne Unterschied, auch dann, wenn sie lediglich auf ihren Intestattheil eingesetzt sind. Das läugnet zwar Mühlenbruch a. a. O., behauptend, daß wenn sui zu ungleichen Theilen eingesetzt sind, dem nur auf seinen Intestattheil eingesetzten nicht abgezogen werde, aber es folgt einmal aus der allgemeinen Vorschrift, sodann aus dem ersten Beispiel bei Paul. III, 4 B § 8 (Anm. 72).

70) Die virilis pars würde nämlich nicht, wie im ersten Fall, zum Intestaterbtheil, sondern, da die Zahl der eingesetzten extranei etwas ganz Zufälliges ist, zu einer ganz unbestimmten Quote geführt haben. Hätte man dagegen geradezu den Intestattheil als die Quote dieser Akkrescenz hinstellen wollen, so wäre man in der Regel gerade zu dem gekommen, was man vermeiden wollte, nämlich zum Ausschluß der eingesetzten extranei.

71) Das Schicksal aller extranei ist natürlich in der Regel gleich. Nur eine Ausnahme macht die Kaiserzeit; wenn nämlich der caesar von seinem Freigelassenen neben anderen extranei eingesetzt ist, so akkrescirt die sua zuvörderst ausschließlich den übrigen extranei und erst wenn sie auf diese Weise die ihr gebührende Hälfte nicht erlangen kann, für den Rest dem caesar: fragm. de iure fisci § 11.

72) *Paulus III*, 4 *B* § 8: Filio et extraneo aequis partibus heredibus institutis si praeterita accrescat, tantum suo avocabit quantum extraneo: si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.

postumus jedes früher errichtete Testament schlechthin vernichtet wurde, bald nicht anders denn als eine, das Testamentsrecht in unerträglicher Weise unsicher machende Fessel erscheinen, welche man zu durchbrechen sich versucht fühlen mußte. Seitdem nun mit der Anerkennung eines Notherbenrechts des suus iam natus der Satz verbunden war, daß diesem Rechte im Testamente selber sowohl durch Institution als durch Exheredation genügt werden könne: was lag da näher als der Gedanke, daß es bei den Postumen ganz ebenso müsse gehalten werden können, also auch ihnen testamentifactio einzuräumen sei? In der That nahm das römische Recht diesen Entwickelungsgang. Charakteristisch ist dabei, daß man auch hier, wie anderwärts, nicht mit Aufstellung einer allgemeinen, der bisherigen entgegenstehenden Regel begann, sondern vielmehr, einen einzelnen Fall nach dem andern entscheidend, vorsichtig und allmälig zu einem neuen Grundsatze sich erhob. Drei Stufen der Entwickelung lassen sich hier unterscheiden: die nach dem Tode des Testators geborenen eigentlichen Postumen, die bei seinen Lebzeiten geborenen, endlich die postumorum loco umfassend.

Für den ersten, den bei weitem dringendsten Fall[73], sorgte nach dem Zeugnis von Ulpian[74] das civile ius, d. i. die Jurisprudenz, und auch hier nicht mit einem Male vollständig. Ihr erster

73) Denn in den beiden anderen Fällen war dem Erblasser regelmäßig ein sicheres, wenn auch wenig bequemes Mittel geboten in der Errichtung eines neuen Testamentes.

74) *Ulpianus XXII*, 19: Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, siquidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili: si vero viventibus nobis, ex lege iulia. Die Worte eos qui in utero sunt sind nicht auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung zu beschränken. Das erkennt derselbe Ulpian ausdrücklich an in Fr. 4 de liberis und er sowie andere Juristen ziehen daraus ziemlich weitgehende Schlüsse (Javolenus in Fr. 5 eod. Tryphoninus in Fr. 28 § 3 eod.). Desgleichen ergibt sich aus diesen Stellen, daß man ebenso gut seine postumi schlechthin, als die von einer bestimmten Frau zu gebärenden einsetzen kann.

Schritt bestand nämlich darin, daß sie die passive testamentifactio[75] derjenigen, erst nach dem Tode des Erblassers zur Welt Kommenden anerkannte, von denen es schon zur Zeit der Testamentserrichtung feststand, daß sie, wenn dereinst überhaupt geboren, als sui des Testators werden geboren werden, also der Postumen des ersten Grades und derjenigen des zweiten, deren Erzeuger schon in jenem Zeitpunkte nicht mehr lebte[76]. Der zweite Fortschritt auf diesem Gebiet knüpft sich an den Namen des Juristen Aquilius Gallus, des bekannten Zeitgenossen von Cicero. Nach dem Zeugnis von Skävola[77] war er es, der zuerst folgende Institutionsformel aufstellte:

> Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto.

Das Neue dieser Formel besteht darin, daß sie es dem Großvater möglich macht, die als seine sui heredes zur Welt kommenden nepotes postumi zu einer Zeit zu Erben einzusetzen, wo ihr Erzeuger noch lebt. Demnach muß dem Notherbenrechte Zweier im Testament genügt sein. Zuerst dem des Sohnes: also durch gehörige Institution desselben oder durch gehörige Exheredation[78]. Zweitens dem

75) Was von der Fähigkeit, instituirt zu werden, gesagt wird, das gilt auch hier von selber für die Möglichkeit der Enterbung.

76) Auch diesen zweiten Fall nämlich umfassen die Worte Ulpian's und es hat die durch Aquilius erfolgende Fortbildung die Gültigkeit jenes zur Voraussetzung (das Gleiche nimmt an Vangerow p. 264 u. A.). Den Namen postumi legitimi, welchen man diesem Falle gegeben hat, sollte man ganz tilgen; denn, von der Ungeeignetheit der Bezeichnung abgesehen, ist man heutzutage darüber einig, daß nicht etwa ein Gesetz (noch Cujaz z. B. rathet auf die Zwölftafeln) diese Anerkennung hervorgerufen habe.

77) Fr. 29 p. de liberis et postumis.

78) Weil das keine besonderen Schwierigkeiten hatte, deshalb wird es bei der obigen Form als geschehen vorausgesetzt. Skävola kommt darauf erst in § 10; die Nothwendigkeit der Institution betonend, haben seine Worte den Schein, als wolle er die Zulänglichkeit der Exheredation in Abrede stellen (In omnibus

des Enkels: hier liegt der Kern der Sache. Da man die Einsetzung eines postumus alienus damals noch als schlechthin unzulässig ansah, so kam es darauf an, die Formel so zu gestalten, daß der Enkel als nur für den Fall eingesetzt erschien, wo er dem Großvater als suus geboren wurde: und gerade das drückt dieselbe mit vollkommener Präcision aus[79]. Uebrigens war auch diese Formel der Fortbildung fähig. Zuerst innerhalb des Falles, für welchen sie eingeführt war, ließ sie sich einfacher fassen[80]. Sodann stand im Sinne von Gallus selbst ihrer Anwendung auf den Urenkel nichts

his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam): aber auch nur den Schein. Wenn nämlich das Testament einfach lautet: Filius meus exheres esto. Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos etc., so ist der Sohn allerdings post mortem suam, also ungültig exheredirt. Dagegen: filius meus exheres esto; Titius heres esto; si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos etc. ist ein Testament, worin der Sohn gehörig enterbt ist und Titius nebst dem nepos postumus zu Erben eingesetzt sind. (Darüber hat man sich ganz ohne Grund gestritten, vergl. Mühlenbruch p. 198 ff.) Uebrigens bedarf es, um die Gültigkeit des Testaments zu sichern, nur der Berücksichtigung des Sohnes; nicht ebenso, wenn man den Urenkel mit der aquilischen Formel einsetzt, der Berücksichtigung des lebenden Enkels: denn die Uebergehung des letzteren bringt ja nicht Ungültigkeit des Testaments, nur Akkrescenz; daher fährt Skävola fort: quod non esse necessarium — in nepote certe et pronepote, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus, quia possunt praeteriri.

79) Selbst noch Mühlenbruch p. 188 denkt sich die Sache so, als ob der eingesetzte Enkel zur Zeit der Testamentserrichtung als alienus postumus anzusehen sei. Aber zu dieser Zeit ist eben gar kein postumus vorhanden, weder ein suus noch ein alienus; die Einsetzung dagegen erfolgt lediglich für den einen Fall, daß er sofort als suus erscheint, also niemals alienus war.

80) So insbesondere konnte der Satz si filius meus vivo me morietur weggelassen und doch die Fassung so gestaltet werden, daß sie denselben Sinn behielt. In dieser Art versteht die Mehrzahl der Schriftsteller (vergl. die bei Mühlenbruch p. 195 Citirten) die ziemlich dunkeln Worte Skävola's in 29, 1: Quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit. Eine andere, namentlich von Cujaz und Francke vertretene Auslegung geht dahin, es habe

im Wege[81]. Endlich spricht die aquilische Formel lediglich von dem Falle, wo bei Lebzeiten des Vaters der Sohn durch den Tod wegfällt, nicht auch von dem Wegfalle desselben durch capitis deminutio; nachdem jedoch die velleia lex in einem ganz analogen Falle auch diese Art der rechtlichen Beseitigung mit umfaßt hatte, trug die Interpretation kein Bedenken, das Prinzip jenes Gesetzes auf die aquilische Formel ebenfalls anzuwenden, in der Art, daß sie, selbst wenn nur der Wegfall durch den Tod ausdrücklich genannt war, doch auch die capitis deminutio darunter mitbegriff[82].

---

die Weglassung dieser Worte den Vortheil gebracht, daß nunmehr der Enkel auch dann für instituirt gelte, wenn der Vater anders als durch den Tod, z. B. durch Deportation, weggefallen sei; aber davon handelt Skävola doch wohl erst im fünften Paragraphen.

81) Hier sind namentlich drei Fälle möglich: *a*) zur Zeit der Testamentserrichtung ist der Sohn gestorben, der Enkel dagegen lebt; hierauf bezieht sich die Formel von § 2: si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos; *b*) der Sohn lebt, der Enkel ist gestorben; darauf geht die Formel von § 3: si me vivo filius decedat, tunc qui ex eo pronepos [daß vorher mortuo nepote zu lesen sei statt des handschriftlichen pronepote, ist allgemein anerkannt]; *c*) Sohn und Enkel leben, der Urenkel wird, nachdem jene beiden bei Lebzeiten des Testators gestorben sind, nach dem Tode des letzteren als suus postumus geboren. Von diesem Falle spricht § 4: Num si et filius et nepos vivat, concipere poterit: utrisque mortuis vivo se, tunc qui pronepos nasceretur? Quod similiter admittendum est, si prius nepos deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur. Skävola hebt hervor, daß diese Einsetzung des Urenkels doch nur dann rechtlichen Bestand habe, wenn der Enkel vor dem Sohn (also ohne jemals suus heres gewesen zu sein) gestorben ist; denn war er nach dem Sohne gestorben, so hatte er durch sein Nachrücken als quasi postumus das Testament rumpirt. Ganz auf denselben Rechtssatz bezieht sich auch der leidlich schlecht geschriebene achte Paragraph, wo statt der handschriftlichen Worte isque *vivo* patre deinde avo nascatur nach dem übereinstimmenden Urtheil unserer Interpreten gelesen werden muß *mortuo* patre. [Ueberhaupt ist diese lex Gallus geeignet, den herkömmlichen Respekt vor der Florentina auf das gebührende Maaß zurückzuführen.]

82) Das sagt Fr. 29 § 5. Die Stelle scheidet die maior von der minima capitis deminutio; bei der maior spricht sie von Sohn und Enkel, bei der minima von Enkel und Urenkel: ist dieser Wechsel in den Personen zufällig? Offenbar nicht. Noch zu Skävola's Zeit nämlich herrschte die Ansicht, daß das väterliche Testament durch die Emanzipation des Sohnes in jedem Falle rumpirt werde

Der zweite Fall, also der, wo der postumus bei Lebzeiten des Testators geboren wird, fand zuerst Berücksichtigung in einem Gesetz. Der Name dieser lex ist entweder iulia oder iunia velleia [83] und die Zeit ihres Erlasses entweder das Ende der Republik oder der Anfang der Kaiserregierung [84]. Dieses Gesetz verordnete in seinem

---

(also auch wenn der Sohn eingesetzt war), während es bei der Emanzipation des Enkels gültig blieb. Nun ist zwar gerade schon Skävola in dieser Beziehung anderer Ansicht (vergl. Anm. 100); nichtsdestoweniger entnahm er sein Beispiel von Enkel und Urenkel, damit nicht eine fremdartige Zweifelsfrage eingemischt werde. — In der Hauptsache hat schon A. Faber das richtig erkannt; Mühlenbruch, welcher dieser Interpretation seine Zustimmung nicht versagt, billiget doch zugleich eine andere, deren Kern darin besteht, daß sie jenen Satz von der Ruption des Testaments durch die Emanzipation des Sohnes, nicht aber durch die Emanzipation des Enkels, übersieht.

83) Gewöhnlich nennt man das Gesetz iunia velleia; Cujaz (ad fr. 29 § 12) und Mommsen (in Bekker's Jahrbuch II, 337) erklären sich für iulia. Meines Erachtens läßt der Stand der Handschriften keine Entscheidung zu. In der Regel nämlich wird das Gesetz lediglich als velleia bezeichnet (Fr. 29 § 5. 6. 7. 11 de liberis; Fr. 3 § 1 de iniusto; Fr. 6 § 1 de heredibus instit.; Fr. 2 p. de vulgari); ein Mal findet sich entschieden iulia (Ulp. XXII, 19, wo man freilich gewöhnlich iunia korrigirt); ein Mal iunia velleia (Theophil. ad § 2 I. de exhered. lib., die Institutionenhandschriften dieser Stelle haben beides, iunia und iulia); ein Mal iuna velleia (Fr. 10 § 2 de testam. tut.), eine Korruptel, in welcher die Meisten iunia, Mommsen iulia erkennen. So weit liegt die Sache entschieden zu Gunsten des Namens iulia: aber die Vertheidiger dieser Bezeichnung haben eine Stelle nicht berücksichtiget, welche alles wieder zweifelhaft macht, nämlich Fr. 13 de iniusto. Hier wird ohne Variante gelesen idque lege iunia velleia provisum est und da dieses Fragment dem zweiten Buche der Institutionen des Gaius entnommen und gerade dieser Stelle hinwiederum § 2 I. de exheredatione lib. nachgebildet wurde, so wird es überdies wahrscheinlich, daß auch an letzter Stelle trotz Theophilus zu lesen sei idque lege iunia velleia provisum est.

84) Die Unsicherheit des Namens macht eine genaue Zeitbestimmung so gut wie unmöglich. Mommsen entscheidet sich für eine lex tribunicia, erlassen von sonst unbekannten Tribunen der spätesten Republik. Die gewöhnliche, von dem Namen iunia ausgehende Meinung denkt an eine, von Konsuln erlassene lex des Jahres 763; aber nicht einmal die Konsularfasten geben hierfür einen genügenden Anhalt. Dem Jahre 780, an welches man wohl auch gedacht hat, steht entgegen,

ersten Kapitel, daß der Testator auch diejenigen Kinder, welche zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht vorhanden ihm bei seinem Leben[85] als sui geboren werden[86], solle einsetzen oder enterben können[87]. Es erweiterte also die testamentifactio der Postumen[88].

---

daß unter Tiberius Komitialgesetze überhaupt nicht vorkommen (Mommsen a. a. O.). Daß schon Labeo die velleia lex gekannt haben müsse, folgt aus Fr. 6 de liberis et post. keineswegs, obgleich man es behauptet hat.

85) Ulp. XXII, 19 (Anm. 74). *Fr.* 29 § 11 *de liberis:* Nunc de lege velleia videamus; voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.

86) Fr. 29 § 12 cit. Das hier in Frage stehende, erste Kapitel des Gesetzes verlangte lediglich, daß das Kind suus des Testators sofort bei seiner Geburt sei (Fr. 29 § 5 eod. Fr. 3 § 1 de iniusto); daß es auch suus gewesen wäre, wäre es im Augenblick der Testamentserrichtung geboren worden, verlangte jenes nicht. Daraus folgerte man, der nepos postumus von dem, zur Zeit der Errichtung des Testaments lebenden Sohne sei in dem großväterlichen Testament dann gültig eingesetzt, wenn bei seiner Geburt sein Vater gestorben war. — Der Text dieses Paragraphen ist anerkanntermaßen ungemein verdorben; über die nothwendigen Aenderungen: Francke, Mühlenbruch, Vangerow. Statt des nascatur, welches man zu streichen pflegt, wird das kurz vorhergehende Wort instituatur im Text selbst zu wiederholen sein.

87) Darüber ist man freilich keineswegs einig, vielmehr nach zwei Seiten hin anderer Ansicht. Zuerst behauptet Mühlenbruch 36 p. 214 ff., das Gesetz habe blos die Gültigkeit der Institution angeordnet, die der Exheredation sei erst von der Praxis hinzugefügt worden. Dagegen ist anzuführen: *a*) daß das zweite Kapitel des Gesetzes der Enterbung, und zwar des nominatim exheredare, ausdrücklich gedacht habe, ist so gut wie gewiß (Anm. 96): demnach erscheint ein anderes Verhalten des ersten ganz unwahrscheinlich. *b*) Fr 3 § 1 de iniusto sagt dasselbe für das erste Kapitel geradezu. Sachlich wichtiger ist die zweite Differenz. Die Einen nämlich (so Francke p. 34, Mühlenbruch p. 214) nehmen an, es habe das Gesetz jene Befähigung lediglich den Descendenten männlichen Geschlechts ertheilt, nicht auch den Töchtern. Als Grund dieser Beschränkung führte man die lex voconia an und zum Beweis beruft man sich auf die in Fr. 29 § 12 unvollständig erhaltenen Worte des Gesetzes: qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit etc. etiamsi parente vivo nascantur, welche den postulirten Sinn an sich freilich keineswegs haben, sondern erst durch die Machtvollkommenheit der Ergänzenden erhalten, wenn man z. B. mit Mühlenbruch in die Mitte einschiebt instituendi potestatem habeto. Andere, z. B. Cujaz zu Fr. 4 und zu Fr. 29 § 12 de liberis, beziehen, wie im Text ge-

Die dritte, die postumorum loco betreffende Fortbildung hat für sich selber abermals eine kleine Geschichte. Daß und warum ihrem Notherbenrechte nicht durch Einsetzung genügt werden konnte, ist schon oben auseinandergesetzt worden. Der Grund, weshalb sie, seit es eine exheredatio gab, auch nicht durch diese zu beseitigen waren, lag in dem einfachen Satze der Jurisprudenz: exheredatio extranei res inepta est [89]. Aber auch hierbei beruhigte die spätere Zeit sich nicht. Den ersten Fortschritt begründete das zweite Kapitel der genannten velleia lex [90]. Dasselbe verordnete im Allge-

schehen, das Gesetz auf alle, bei Lebzeiten des Testators geborene Postumen, auch auf die weiblichen Geschlechts; die besondere Hervorhebung des virilis sexus in den erhaltenen Gesetzesworten erklären sie dadurch, daß gemäß dem damals geltenden Recht das Gesetz ausgesprochen habe, nur die Postumen männlichen Geschlechts seien nominatim zu enterben. Die letzte Meinung halte ich für die richtige: *a*) daß die velleia, insonderheit auch in dem ersten Kapitel, von dem nominatim exheredare gesprochen habe, ergibt sich aus dem oben citirten Fr. 3 § 1; *b*) die Berufung auf die voconia, selbst ihre damalige Gültigkeit vorausgesetzt, gibt für die gänzliche Weglassung der Frauen keinen genügenden Erklärungsgrund, weil das Gesetz die Erbeseinsetzung von Frauen lediglich den in der ersten Klasse Censirten untersagte; *c*) die Nichterwähnung der Töchter würde diesen nicht zum Nachtheil gereicht haben, sondern zum Vortheil; denn sie hätten dann gemäß dem alten Rechte mit ihrem Erscheinen das väterliche Testament immer rumpirt: die Möglichkeit also, sie durch Exheredation oder geringfügige Einsetzung abzufinden, hätte gar nicht bestanden; *d*) endlich war zur Zeit der velleia die voconia nicht mehr in Uebung. Es ist ein anerkanntes Verdienst Bachofen's (a. a. O. p. 105 ff.), gezeigt zu haben, daß jene Vorschrift dieses Gesetzes durch die iulia et papia mittelbar beseitiget wurde und daß sie schon vorher faktisch außer Uebung gekommen war. In welches Jahr man nun auch die velleia stellen mag, so viel ist unter diesen Umständen klar, daß die Bestimmung der voconia für sie kein Motiv sein konnte.

88) Fr. 29 § 15 de liberis et postumis.

89) Fr. 132 p. de verborum obligationibus. Gaius II, 140. 141. In einem Falle wurde jedoch schon in alter Zeit die exheredatio extranei nicht als eine res inepta betrachtet, nämlich bei der cretio.

90) Wie dieses Gesetz in seinem ersten Kapitel die Stellung der eigentlichen Postumen zum Abschluß bringt, so beginnt es in seinem zweiten den Reigen für die postumorum loco.

meinen[91]: der an die Stelle eines wegfallenden nachrückende suus soll das Testament des paterfamilias dann nicht mehr rumpiren, wenn er in demselben entweder eingesetzt oder exheredirt ist. Da das Gesetz der Worte sich bediente: si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, so bezog es sich von Anfang an auf jede Art des Wegfallens von sui heredes, nicht blos auf deren Wegfall durch den Tod[92]. Da es ferner für das Nachrücken des suus keine Zeitgrenze feststellt, so tritt es auch da in Wirksamkeit, wo dieses ausnahmsweise als erst nach dem Tode des Erblassers erfolgt, betrachtet werden kann[93]. Der Zweck dieses Kapitels ist Verhinderung der Ruption des Testaments in einem Fall, wo sie bis dahin mit Nothwendigkeit eintrat, nicht aber die Verleihung der testamentifactio an solche Personen, welchen sie bis dahin abging[94]. Daraus folgte, daß das Gesetz nur auf Diejenigen Anwendung litt, welche bei der Testamentserrichtung schon vorhanden, jedoch nicht sui waren. Nichtsdestoweniger handelte die Interpretation vollkommen im Geiste des Gesetzes, als sie namentlich auf Julian's Auktorität anerkannte, daß die Vorschriften des ersten und des zweiten Kapitels

91) In Fr. 29 § 13. 14 ist uns ein Stück dieses Kapitels wörtlich erhalten: si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi eius etc. in locum suorum sui heredes succedunto. Statt des letzten Wortes hat Mühlenbruch succedendo konjicirt, was Vangerow p. 262 billiget. Wenn es nun auch an sich bedenklich sein mag, an solchen Bruchstücken, deren Zusammenhang man nicht kennt, zu rütteln, so hat doch diese Aenderung das für sich, daß die lex diese Succession nicht erst einführt, sondern lediglich eine nachtheilige Folge derselben beseitiget. Die in der Mitte fehlenden Worte werden sich auf die gehörige Institution oder Exheredation bezogen und den Schluß wird die Bestimmung gebildet haben, daß keine Ruption eintrete.

92) Theophil. ad § 2 I. de exh. lib. Fr. 29 § 5 de liberis. Fr. 13 de iniusto.

93) Vergl. Anm. 31.

94) *Fr.* 29 § 15 *de liberis:* posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. *Fr.* 10 § 2 *de test. tut.* sagt confirmatum est testamentum, testamentum valet.

gleichzeitig in einer und derselben Person wirksam werden können[95]. Das Gesetz sagte ausdrücklich, die Ruption solle dann ausgeschlossen sein, wenn der zum suus Aufrückende entweder instituirt oder nach Art der Postumen exheredirt sei[96]. Endlich ist für die Wirksamkeit

95) Wenn der Großvater den, von seinem noch lebenden Sohne künftig zu erwartenden Enkel zum Erben eingesetzt hat und dieser Enkel bei Lebzeiten seines Vaters geboren wird und dann durch den Tod des letzteren zum suus seines Großvaters aufrückt, so paßt auf ihn weder das erste Kapitel (denn er ist nicht als suus geboren), noch das zweite (denn zur Zeit der Testamentserrichtung existirte er nicht). Dennoch erkannte man auch diese Erbeseinsetzung als zu Recht bestehend an: Fr. 29 § 15 de liberis.

96) Die Institutionen sagen in § 2 de exh. lib., damit die Enkel nicht durch Succession das Testament rumpiren, müssen sie entweder eingesetzt oder enterbt sein: idque lege iunia velleia provisum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur. Theophilus fügt dazu folgende Erläuterung bei, deren griechischer Text zwar verworren ist, aber ohne Einfluß auf die vorliegende Frage und welche Reiz so überträgt: id est nepotem quidem nominatim, neptem vero nominatim aut inter ceteros, ast cum legati datione (die Grundlage der Institutionenstelle ist uns theilweise erhalten in Fr. 13 de iniusto). Danach ergänzt auch Huschke (Gaius p. 41) Gai. II, 134. In Fr. 10 § 2 de test. tut. wird ausgesprochen, das Testament gelte in diesem Falle des vellejischen Gesetzes ubi nepos vel institutus sit vel nominatim exheredatus sit. Hierher gehört auch Fr. 2 p. de vulgari; Ulpian spricht davon, daß man auch den Enkeln, welche man in der Gewalt hat, pupillariter substituiren könne: Sed si eos patres praecedant, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint vel exheredati; ita enim post legem velleiam succedendo non rumpunt testamentum; nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit. Der Sinn ist: nur dem suus heres kann pupillariter substituirt werden, diesem aber auch immer; daher kann man auch seinem Enkel so substituiren, obgleich der Vater noch lebt: man kann es nämlich für den Fall, daß der Enkel durch Nachrücken suus heres des Großvaters wird; man kann es aber auch nur dann, wenn man diesen Enkel entweder einsetzt oder exheredirt: denn nur wenn das eine oder das andere geschehen, verhindert bei seinem Nachrücken die velleia die Ruption. In C. 2 de liberis praet. sagt Kaiser Alexander: wenn der Sohn im Testament eingesetzt ist, der Enkel aber als suus heres des Großvaters deshalb nachrückt, weil sein Vater beim Leben des Großvaters starb, so rumpirt der nicht nominatim exheredirte Enkel das Testament sine impedimento legis velleiae d. h. für den Fall, daß der Enkel präterirt ist, hat die velleia das Recht der Ruption bestehen lassen, nicht aber für den Fall der gehörigen Exhere-

des Testaments natürlich auch hier Voraussetzung, daß dasselbe nicht etwa ungültig sei wegen Nichtberücksichtigung des Notherbenrechts der zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen sui[97].

Den zweiten Fortschritt auf dem Gebiete der postumorum loco bringt ein Senatuskonsult unter Hadrian und zwar nur für einen ganz bestimmten, einzelnen Fall. Wenn nämlich kraft der erroris causae probatio das Kind zum suus heres erhoben wird, so soll dasselbe, sofern es im Testament des Vaters sich entweder eingesetzt oder exheredirt findet, dann nicht mehr rumpiren, wenn dem Vater die Gelegenheit, durch ein neues Testament zu sorgen, entzogen, d. i. wenn die causae probatio erst nach seinem Tode erfolgt ist[98].

Noch Gaius kennt nur diese beiden, eben entwickelten Fälle als solche, in welchen die Ruption durch den quasi postumus ausnahmsweise nicht stattfindet[99]. Aber die Jurisprudenz hat sich bei diesen Anfängen nicht beruhiget, sie hat vielmehr, auf dem gegebenen Wege weiter schreitend, für die vorliegende Frage zwischen institutio und exheredatio in folgender Weise unterschieden. Jene, die institutio, hatte das zum Voraus, daß sie an und für sich ein vollkommen verständiger und gültiger Akt war; es galt dabei lediglich, sich über

---

dation. — Nach den Institutionen und Theophilus hatte demnach die lex ausdrücklich gesagt, es seien diese quasi postumi in derselben Form zu enterben wie die eigentlichen postumi, für welche eine entwickelte Form bestand. Die Richtigkeit dieser Angabe bestreitet Mühlenbruch p. 210 ff.; aber da es für jene überhaupt keine anerkannte Exheredationsform gab, was ist natürlicher, als eine solche Hinweisung des Gesetzes?

97) Fr. 13 de iniusto. § 2 I. de exheredatione lib.

98) Gai. II, 143. Daß dieses Senatuskonsult auch auf die anniculi causae probatio Anwendung gefunden habe, ist ziemlich unzweifelhaft.

99) Ausdrücklich hebt er hervor, daß der filius ex prima secundave mancipatione manumissus das väterliche Testament zerbreche trotz seiner Einsetzung oder Enterbung; dasselbe sagt er vom adoptatus, desgleichen von der Frau, welche nach Errichtung des Testaments in die manus ihres Ehemannes gelangt: Gai. II, 139—141. (Gegen einen ganz vergeblichen Versuch Förster's, die spätere Entwicklung der Jurisprudenz mit Gaius in Einklang zu bringen: Francke p. 42.)

den andern Umstand hinwegzusetzen, daß dieser Einsetzung die Absicht, durch sie dem Notherbenrechte zu genügen, abging. Diesen Schritt that, so viel wir wissen, zuerst Skävola[100] und schon Papinian betrachtet es als eine ausgemachte Sache, daß dem Notherbenrechte dessen, qui postumi loco est, durch die frühere Einsetzung im Testamente des paterfamilias volle Genüge geleistet sei[101]. Anders dagegen stand es mit der Enterbung. Die exheredatio extranei war eben als res inepta von Anfang an ungültig und man ist daher auch stets bei der Ansicht beharrt, daß sie gerade aus diesem Grunde im Allgemeinen auch ungültig bleiben müsse, daß also dem Notherbenrecht der später in die Gewalt Gekommenen durch sie nicht genügt sei. So Marcellus, Papinianus, Ulpianus, Paulus[102]. Von diesem Satz machte man jedoch, auf die Auktorität Papinian's sich stützend, folgende bedeutsame Ausnahme[103]. Das eigene Kind ist niemals in vollem Sinne ein

100) Während noch Gaius diesen Satz ganz bestimmt in Abrede stellt, behandelt ihn Skävola als etwas, das sich allenfalls vertheidigen lasse. *Fr.* 18 *de iniusto (Scaev. lib.* 5 *quaest.)*: Si qui heres institutus est a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur institutio ut in extraneo locum habeat. Aus diesem geschichtlichen Gange ergibt sich, daß es nicht richtig sein könne, wenn man wegen Fr. 6 de lib. et post. annimmt, schon Labeo und Kassius seien der Ansicht des Skävola gewesen. Fr. 6 spricht von dem eigentlichen postumus.

101) *Fr.* 23 § 1 *de lib. et post. (Pap. lib.* 12 *quaest.)*: Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres invenitur. Titius war zur Zeit der Errichtung des Testaments nicht Notherbe, er wurde es auch nicht durch die Adoption, sondern erst durch successio in locum sui heredis: daß er nicht rumpire, ist für Papinian eine Sache, die gar keinen Zweifel zuläßt. Auf demselben Prinzip beruht die Entscheidung, welche ein Zeitgenosse Papinian's, Tryphoninus in Fr. 28 § 1 eod. gibt.

102) Fr. 8 § 8 de bonorum poss. contra tabulas. Fr. 132 p. de verborum oblig.

103) Der Keim dieser Ansicht läßt sich schon in den beiden frühesten Fällen, also in dem des zweiten Kapitels der lex velleia und in dem des Hadrian'schen Senatuskonsults, erkennen. Das vermittelnde Glied dieser Entwickelung wird

extraneus[104], in Wahrheit bleibt es trotz emancipatio und in adoptionem datio doch immer mit natürlichen Banden an den Vater geknüpft. Wenn daher dieser das nicht in seiner Gewalt sich befindende eigene Kind exheredirt, so fällt auch er ein testamentarisches Urtheil über sein Kind: demgemäß ist diese exheredatio keine res inepta und muß auch dann zu Recht bestehen, wenn jenes, in die Gewalt des naturalis pater zurückfallend, das Recht des civilen Notherben wieder erlangt[105]. — Aus dem Bisherigen ergibt sich folgendes dogmatische Resultat:

> Dem Recht der eigentlichen Postumen kann der paterfamilias im Testament sowohl durch Institution als durch Exheredation genugthun; was die uneigentlichen Postumen anlangt, so entspricht er dem Rechte aller durch Institution, dagegen durch Exheredation lediglich dem Rechte derjenigen, die seine eigenen Kinder sind[106].

Seit dieser Gestaltung der Sache hörte demnach jener Satz postumi agnatione testamentum rumpi auf ganz wahr zu sein, er war es

---

jedoch vorzugsweise in der b. p. contra tabulas zu suchen sein. Seit ihrem Bestehen ist die exheredatio emancipati filii keine res inepta mehr; man konnte daher diese Frage auch für den weiteren Fall füglich verneinen, wenn der Emancipirte, von seinem natürlichen Vater arrogirt, zum zweiten Male suus heres, also civiler Notherbe wurde.

104) Sogar von den in Arrogation gegebenen Söhnen heißt es in *Fr.* 8 § 11 *de bonorum poss. contra tabulas:* non enim in totum extranei sunt.

105) *Fr.* 23 *p. de lib. (Pap. lib.* 12 *quaest.):* Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum arrogavit, exheredationem antea factam nocere dixi, nam in omni fere iure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturae veritas adumbretur, videlicet quod non translatus sed redditus videretur. Diese Stelle Papinian's meint offenbar Ulpian, wenn er in Fr. 8 § 7 contra, zunächst von der b. p. contra tabulas redend, sagt: Si quis emancipatum filium exheredaverit eumque postea arrogaverit, Papinianus lib. 12 quaestionum ait, iura naturalia in eo praevalere; idcirco exheredationem nocere. Tryphoninus in Fr. 28 § 1 de lib. setzt diesen Satz als anerkannt voraus.

106) Daß dieses das letzte Wort der justinianischen Gesetzgebung sei, erkennt man wohl allgemein an: Francke p. 42, Vangerow p. 260 u. A.

nur noch für den einen Fall der Präterition und hätte, jetzt zum ersten Male aufgestellt, lauten müssen: praeteriti postumi agnatione testamentum rumpi. Seine praktische Bedeutung in dieser neuen Gestalt bedarf im Allgemeinen keiner Erörterung; die oben für den Satz in seiner Ursprünglichkeit entwickelten Grundsätze gelten auch hier. Besondere Berücksichtigung verlangt lediglich der Fall, wo das Testament nicht blos einen, sondern mehrere Grade enthält. Wenn man in Bezug auf den filius iam natus sagte: eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, so mußte man nunmehr hier als Regel aufstellen: eum gradum, a quo postumus praeteritus sit, postumi agnatione rumpi. Daraus entwickelten sich folgende natürliche Sätze:

Nur der bei dem Erscheinen des postumus gültige, ihn präterirende Grad kann rumpirt werden[107].

Der postumus rumpirt den ihn verletzenden Grad stets mit seinem Erscheinen[108].

Er rumpirt von dem verletzenden Grad an das ganze Testament[109].

---

107) *Fr.* 5 *de iniusto, rupto testamento:* Wenn der erste, die bedingte Institution eines Dritten enthaltende Grad den Postumus präterirt, so kommt es darauf an, ob bei dem Erscheinen des letzteren die Bedingung deficirt ist oder nicht. Im letzten Fall rumpirt der Postumus diesen ihn verletzenden Grad (möge die Bedingung eingetreten sein oder schweben); im ersten Falle dagegen ist der Grad nichtig, er kann ihn nicht erst nichtig machen (post defectum autem conditionis natus postumus gradum non rumpit, quia nullus est): also kommt der folgende Grad an die Reihe.

108) Daraus folgt: *a*) Der bei Lebzeiten des Testators erscheinende postumus rumpirt auch hier sofort: Fr. 8 de liberis (hier muß statt dem, aus falscher Lösung einer Abbreviatur entstandenen vivo patre nach dem übereinstimmenden Urtheil unserer Exegeten mit Cujaz gelesen werden vivo primo); *b*) Er rumpirt auch denjenigen, ihn präterirenden Grad, welcher noch nicht an der Reihe ist: Fr. 14 p. de liberis, vergl. Fr. 8 eod. Fr. 3 de iniusto.

109) Darin liegt: *a*) Der dem verletzenden vorhergehende, die Institution oder die Exheredation des postumus enthaltende Grad ist vollkommen gültig: Fr. 3 § 6 de iniusto. *b*) Nicht blos der verletzende Grad, sondern auch jeder auf diesen folgende ist zerbrochen, also auch derjenige, welcher den postumus nicht

Was einmal rumpirt ist, das bleibt schlechthin ungültig[110].

Die bis hierher dargestellte Entwickelung hatte allmälig zu dem Resultate geführt, daß der paterfamilias dem Notherbenrechte aller sui in seinem Testament durch gehörige formelle Berücksichtigung Genüge leisten konnte. Es ist nunmehr unsere Aufgabe, diese Form, so wie die sui sie zu verlangen berechtiget sind, im Einzelnen zu betrachten. Seiner Natur nach ist dieses Recht alternativ[111]; denn es kann der suus in der Regel eben nur beanspruchen, daß er entweder instituirt oder exheredirt sei; das, was ihn verletzt, ist die Präterition[112].

Was zuerst die Institution betrifft, so ist über sie Folgendes zu bemerken.

Weil es sich um den honor des Instituirten handelt, deshalb ist der Betrag der Institutionsquote gleichgültig[113].

---

präterirt; die Juristen sagen: rumpendo testamentum sibi locum facere postumus solet: Fr. 5 de iniusto; Fr. 14 p. de liberis. c) Wenn der postumus im ersten Grade instituirt ist, so ist Präterition bei den folgenden Graden auch für ihn keine Verletzung: arg. Fr. 14 § 1 de liberis.

110) Fr. 14 p. de liberis (Afric.). Fr. 8 eod. (Hier gibt Pomponius den Entscheidungsgrund: quoniam quum est natus filius loco eius est, qui superstes est.) Fr. 4 de iniusto, rupto testamento. (Die Stelle ist leidlich unklar; Cujaz will einschieben defuncto postumo; anders Mühlenbruch p. 439; vielleicht ist statt *deliberantibus* heredibus zu lesen *denegantibus*.)

111) Nur bei denjenigen quasi postumi, welche nicht die eigenen Kinder des Testators sind, hat es diese alternative Natur nach dem Obigen nicht.

112) Wenn das Testament in der Art sich widerspricht, daß es beides enthält, sowohl die Einsetzung des Kindes als seine Enterbung, so gilt immer die Einsetzung; und zwar ebenso gut wenn sie jener vorausgeht, als wenn sie ihr nachfolgt. Das letzte ist unbestritten: Fr. 21 de liberis et post.; das erste sollte nicht bestritten sein, denn entscheidend ist *Fr.* 17 § 2 *de testamento mil.:* Si eodem testamento eundem heredem deinde exheredem scripserit, ademta videtur hereditas, quum in paganorum testamento sola exheredatione hereditas adimi non [dieses non fehlt in einigen Handschriften aus Versehen] possit. Vergl. Fr. 13 § 1 de lib. et post. Förster p. 59, Mühlenbruch p. 394 ff.

113) Fr. 59 § 10 de lib. et post. Offenbar genügt auch die Einsetzung auf eine bestimmte Sache; vergl. Fr. 19 eod.

Weil es sich um den, der Person des Notherben zu gewährenden honor handelt, deshalb ist seinem Recht nur genügt durch die Einsetzung seiner Person, nicht auch durch die eines Andern, durch welchen er erwirbt[114].

Für die Form der Institution ist davon auszugehen, daß sie im Allgemeinen dieselbe ist wie in jedem anderen Fall. Insbesondere die Einsetzung des postumus kann entweder individuell[115] oder generell[116] erfolgen. Sie kann ferner entweder der Zeit der Geburt besonders gedenken oder den postumus schlechthin ohne eine solche Zeitbestimmung berufen; in der ersten Form hatte die vollständige Formel zwei Fälle hervorzuheben, die Geburt beim Leben des Erblassers und die nach seinem Tode: die ausschließliche Hervorhebung des einen Falles galt ursprünglich als Präterition für den andern[117];

114) In *Fr.* 3 § 15 *de bon. poss. contra tab.* sagt Ulpian: Si quis ex liberis non sit scriptus heres sed servus eius scriptus sit eumque iusserit adire hereditatem, denegari ei debet bonorum possessio contra tabulas. Es heißt das: nur wenn der Herr den Sklaven anzutreten befahl, hat er auf die b. p. contra tabulas verzichtet (so richtig Förster p. 278; falsch die Glosse: idem si non iusserit). Der Hauptsatz ist eine Anwendung des, bei einer anderen Gelegenheit von demselben Juristen ausgesprochenen Prinzips: nec enim quaerimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus est (Fr. 3 § 2 de legatis praestandis). Einen unmittelbar von der hereditas gethanen Ausspruch haben wir nicht; aber daß diese nicht etwa gleichgültiger behandelt wurde als die bonorum possessio, ist unzweifelhaft.

115) Z. B. nepos, qui post mortem suus nascetur: Fr. 29 § 6 de liberis.

116) — — atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur: Fr. 29 § 6 cit.

117) *Fr.* 10 *de lib. (Pomp.):* Commodissime is, qui nondum natus est, ita heres instituitur: *sive vivo me sive mortuo natus fuerit, heres esto* aut etiam pure neutrius temporis habita mentione; si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum, quia hic filius nec sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento apprehensus. *Paulus III*, 4 *B* § 9: Talis [l. Si talis] est postumorum institutio: *si qui post mortem meam postumi nati fuerint, heredes sunto*, si vivo eo nascantur, rumpunt testamentum.

seit Justinian dagegen soll sie den andern Fall stillschweigend mit umfassen[118].

Endlich hat sich für die der Institution beigegebene Suspensivbedingung[119] überhaupt folgendes Besondere entwickelt.

Die unmögliche Suspensivbedingung wird nicht, wie sonst bei Einsetzungen üblich, gestrichen, sondern es gilt — offenbar weil hier kein Grund für Begünstigung des letzten Willens vorliegt — die so erfolgte Institution für Präterition[120].

Hinsichtlich der möglichen Suspensivbedingung ist zwischen dem Sohne, den Töchtern und Enkeln, und endlich den Postumen zu

---

118) C. 4 de postumis. Allerdings bespricht Justinian nur den einen Fall, wo lediglich post mortem meam gesagt ist, aber er meint entschieden auch den andern. Francke p. 77.

119) Für dies certus und Resolutivbedingung ist nichts Besonderes vorgeschrieben; demnach gelten hier die gewöhnlichen Grundsätze: Förster p. 44. 45, Francke p. 45.

120) *Fr.* 15 *de conditionibus instit. (Pap.)*: Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si conditio non esset in eius potestate; nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Die Stelle spricht zwar nur vom Sohn, allein sie sagt von den übrigen Notherben nicht das Gegentheil und in der Sache selbst liegt kein Grund für eine andere Behandlung dieser. — Was ist die Folge, wenn mit dieser Einsetzung des Sohnes unter einer unmöglichen Bedingung die Enterbung für den umgekehrten Fall verbunden wird? Die Quellen sprechen sich darüber auch nicht aus. Cujaz z. B. ist der Ansicht, daß, weil Papinian in der obigen Stelle die unmögliche Bedingung der kasuellen in einer Beziehung gleichstellt, er das auch für diese Frage thue; er befürwortet also die Gültigkeit, dagegen Francke p. 55 und Mühlenbruch p. 385 leugnen sie. — Meiner Ansicht nach ist das (die gehörige Institution eines Dritten vorausgesetzt) ein gültiges Testament; denn neben der ungültigen Institution des Notherben steht eine unbedingte, also gültige Exheredation desselben. Wenn es nämlich z. B. heißt: filius meus, si digito coelum attigerit, heres esto, si non attigerit, exheres esto; so ist die Einsetzung ungültig nach dem Obigen, die Enterbung dagegen ist an eine Bedingung geknüpft, von der es von vornherein feststeht, daß ihr zuwider zu handeln unmöglich sei, also ist jene in Wahrheit unbedingt erfolgt. Vergl. auch Vangerow p. 269.

unterscheiden. Für das Recht des Sohnes maßgebend ist der Satz, daß derselbe für gar keinen Fall präterirt sein darf, also in seinem Recht überhaupt verletzt ist, wäre er es der Form nach auch nur für einen Fall. Das ist der Grund, weshalb seine, unter einer kasuellen Bedingung einfach erfolgende Einsetzung ihn im Notherbenrecht kränkt — denn darin liegt eine Präterition für den Fall der Deficienz der Bedingung[121] — und weshalb dagegen sein Recht für gewahrt gilt, wenn dieser bedingten Einsetzung eine Enterbung beigegeben wurde für den umgekehrten Fall[122]; hier nämlich ist er regelmäßig für keinen Fall präterirt. Damit stimmt der weitere Satz, daß wenn Enterbung für den umgekehrten Fall vorliegt, überdies verlangt wird, daß die Bedingung bei Lebzeiten des Sohnes sich entscheide[123]; stirbt er nämlich vorher, so stellt es sich nachträglich

121) *C. 4 de instit. (Alex.):* Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit nec in defectum eius exheredavit, iure testatus non videtur — — *Fr. 83 de condit. et demonstr. (Paul.):* Lucius Titius ita testamentum fecit: Aurelius Claudius natus ex illa muliere, si filium meum se esse iudici probaverit, heres mihi esto; Paulus respondit, filium de quo quaereretur non sub ea conditione institutum videri, quae in potestate eius est, et ideo testamentum nullius esse momenti. — Fr. 4 p. de heredibus instituendis (Ulp.). Fr. 28 de condit. instit. (Pap.).

122) Diesen Satz spricht namentlich klar aus Julianus in Fr. 11 de condit. instit. und in Fr. 20 § 4 de bonis libert., desgleichen Marcellus in Fr. 86 p. de hered. instit.

123) Natürlich haben wir es auch hier mit einer Entwickelung der Jurisprudenz zu thun. In Fr. 28 p. de liberis sagt Tryphoninus: Filius a patre, cuius in potestate est, sub conditione, quae non est in eius potestate, heres institutus et in defectum conditionis exheredatus decessit pendente etiam tunc conditione tam institutionis quam exheredationis: dixi heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum vivit neque ex testamento heres neque exheredatus fuit. Herede autem scripto ex parte filio coheres post mortem filii institui potest. Unsere Litteratur ist über den allgemeinen Sinn dieser Stelle einig. Der Schlußsatz hat etwa folgendes Testament vor Augen: Filius meus ex semisse heres esto, Titius post mortem filii mei ex semisse heres esto; ein solches ist gültig, denn der Sohn ist unbedingt eingesetzt, Titius ist bedingter Miterbe. Vergl. Francke p. 56, Arndts p. 892; Unrichtiges bei Mühlenbruch p. 384.

heraus, daß er für die Zeit thatsächlich präterirt war, auf welche es allein ankommen kann, für die Zeit seines Lebens. Aus dem gleichen Grunde entwickelte sich für die Potestativbedingung der andere Satz, daß sie der Einsetzung schlechthin beigegeben werden könne, also auch ohne Enterbung für den umgekehrten Fall[124]. Ein so Eingesetzter nämlich ist dem unbedingt Eingesetzten überhaupt gleich zu achten[125] und daher, wenn er der Bedingung nicht nachkommt, als Einer anzusehen, der die Erbschaft nicht will[126]: es liegt also darin für gar keinen Fall eine Präterition[127]. So beim

---

124) Der früheste, in dieser Art argumentirende Jurist, von dem wir wissen, ist Julian: Fr. 20 § 4 de bonis libertorum (puto). Marcellus vertheidiget schon dieselbe Ansicht, als eine von Andern aufgestellte (*Fr. 86 p. de heredibus instit.* — negatumque hoc casu necesse esse, sub contraria conditione filium exheredare). Spätere Juristen setzen diesen Satz als einen anerkannten voraus; so Papinian in Fr. 28 de condit. instit., Ulpian in Fr. 4 p. de hered. instit., Fr. 1 § 8 de suis, Paulus in Fr. 83 de condit. et dem.

125) Bei Gelegenheit des Edikts si quis omissa causa sagt z. B. Ulpian von der Potestativbedingung: quia eiusmodi conditio pro pura debet haberi (Fr. 1 § 8 si quis omissa).

126) Tryphoninus sagt in *Fr.* 13 *de legatis praest.:* nam si eam [sc. conditionem], quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem.

127) Daraus folgt konsequenter Weise, daß dem Notherbenrechte des Sohnes auch dann genügt ist, wenn er die Bedingung nicht erfüllt: so schon Julian in Fr. 20 § 4 de bonis libert. und auf ihn sich berufend Ulpian in Fr. 4 p. de hered. instit., desgleichen Papinian in Fr. 28 de cond. instit. Demgemäß hängt der Erbschaftsantritt des im Testament berufenen Miterben nicht ab von der Erfüllung der Bedingung durch den Sohn, denn das Testament gilt auf jeden Fall: Fr. 4 p. cit. [Statt quum, etsi ist hier entweder mit Haloander zu lesen etsi, quum oder mit Francke quum, si.]. Wer an die Stelle des durch die Deficienz einer solchen Bedingung wegfallenden Sohnes trete, das entscheidet sich natürlich nach dem Momente eben dieser Deficienz. Dieser Moment kann bei Lebzeiten des Sohnes eintreten oder erst mit seinem Tode [das erste z. B. bei den Bedingungen si capitolium intra dies triginta ascenderit, si Alexandriam pervenerit, das andere bei der andern si Titio decem dederit, denn das läßt sich auch im letzten Momente des Lebens durch einen Stellvertreter ausführen: Fr. 5. 6 de hered. instit. Fr. 28 cit.]. Wenn in dem ersten Fall Intestaterbfolge eintritt (weil das Testament weder einen Miterben ernannte noch einen Substituten oder

Sohne. Von den übrigen, bei Errichtung des Testaments vorhandenen sui (Töchter, Enkel) wird uns gesagt, daß sie unter einer jeden, an sich zulässigen Bedingung eingesetzt werden können, also auch unter einer kasuellen ohne Enterbung für den umgekehrten Fall[128]. Bestritten ist der Sinn dieses Ausspruchs. Nach der einen Ansicht liegt darin die Anerkennung, daß auf diese Weise dem Notherbenrecht der Töchter und Enkel überhaupt genügt sei[129]; die andere dagegen findet darin den Sinn, daß auch hier Präterition vorliege, wie beim Sohn, jedoch eben nur mit der, bei Enkeln und Töchtern gewöhnlichen Folge der Akkrescenz[130]. Trotz der inneren Konsequenz, welche die letzte Meinung für sich zu haben scheint, halte

weil diese weggefallen sind), so ist nunmehr derselbe Sohn suus heres ab intestato: Fr. 5 cit. Fr. 28 cit.; in dem andern Fall kann er das natürlich niemals werden: Fr. 5. Fr. 28 cit., auch in Fr. 1 § 8 de suis denken Julianus, Marcellus und Ulpianus lediglich an diesen Fall.

128) *Fr.* 4 *de hered. instit. (Ulp.):* Suus quoque heres sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest — *Fr.* 6 § 1 *eod. (Ulp.):* Nepotes autem et deinceps ceteri, qui ex lege velleia instituti non rumpunt testamenta, sub omni conditione institui possunt, etsi redigantur ad filii conditionem. [Gemeint ist das zweite Kapitel des Gesetzes: Enkel, Urenkel u. s. w. können unter einer jeden Bedingung eingesetzt werden, selbst für den Fall, daß sie durch Nachrücken an die Stelle des Sohnes treten.] Fr. 1 § 8 de suis (s. Anm. 131).

129) So Förster p. 83, Mühlenbruch p. 387. — Von diesem Standpunkte aus sind die Genannten dann ganz beseitiget, wenn die Bedingung ihrer Einsetzung deficirt.

130) So Francke p. 47. 48, Arndts im Rechtslexikon VIII, p. 83. Nach dieser Ansicht hat also der Ausspruch, daß Enkel und Töchter unter einer kasuellen Bedingung auch ohne Exheredation für den umgekehrten Fall eingesetzt werden können, lediglich den Sinn, daß sie zwar ebenfalls präterirt seien, aber das Testament deshalb dennoch bestehen bleibe, weil ihre Präterition überhaupt nicht Ungültigkeit des Testaments herbeiführt, sondern überall nur Akkrescenz. Dafür läßt sich anführen, daß anderwärts von ihnen gesagt wird praeteriri possunt, ohne daß damit ihr Notherbenrecht in Abrede gestellt werden soll: s. Anmerk. 64.

ich die erste für die in den Pandekten niedergelegte[131]. Es ist daher hier wiederum zu erkennen, daß den Töchtern und den Enkeln eine geringere Bedeutung beigemessen wird, als dem Sohne. Was zuletzt die Postumen betrifft, so sind sie natürlich auch hier einflußlos vor ihrem Erscheinen: in dem Augenblick desselben aber nehmen sie — und zwar ohne Unterschied des Geschlechts und des Verwandtschaftsgrades — genau dieselbe Stellung ein, welche der filiusfamilias iam natus inne hat im Augenblick der Testamentserrichtung[132].

131) Zu dieser Annahme bestimmt mich allerdings nicht der von den Vertheidigern derselben angeführte Grund, daß man von Demjenigen, von welchem gesagt wird, er sei unter einer Bedingung gültig eingesetzt, nicht sagen könne, er sei präterirt (vergl. die vorige Anm.). Ich glaube vielmehr, es folge das geradezu aus Fr. 1 § 8 de suis. Ulpian will hier nachweisen, daß der Enkel oder Urenkel zuweilen suus heres ab intestato des Großvaters oder Urgroßvaters werde, trotzdem daß im Augenblick des Todes des Erblassers sein Vater noch am Leben war. Nach einem ersten Beispiel dieser Art fährt er fort: Idem erit dicendum, et si filius ex asse sub conditione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni, institutus, non impleta conditione decesserint; nam dicendum erit, suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint; idque et Iuliano et Marcello placet. Hier wird der unter einer kasuellen Bedingung eingesetzte Enkel geradeso behandelt, wie der unter einer Potestativbedingung eingesetzte Sohn; wenn auch die kasuelle Bedingung bei seinem Leben sich nicht entschied, er ist doch nicht Erbe des Großvaters geworden (denn da sein Kind suus heres des Großvaters wird, so ist er es nie gewesen). Daraus ergibt sich, daß der unter einer kasuellen Bedingung eingesetzte Enkel nicht präterirt ist; denn wenn er das wäre, so wäre er ipso iure Akkrescenzerbe geworden.

132) Daraus folgt: *a*) Wenn in dem Augenblick, wo der postumus erscheint, die seiner Einsetzung beigegebene Bedingung erfüllt ist, so ist es gleichgültig, wie dieselbe ursprünglich beschaffen war: der postumus findet sich in dem Zeitpunkt seiner Berechtigung unbedingt eingesetzt [*Fr.* 22 *de lib. et post. (Terentius Clemens):* Quum postumus sub conditione instituitur, si priusquam nascatur conditio extiterit, non rumpitur testamentum postumi agnatione]. *b*) Wenn dagegen die Bedingung in diesem Zeitpunkte schwebt, so ist die potestativa schlechthin keine Beeinträchtigung: die casualis ist es dann nicht, wenn ihr eine Enterbung für den umgekehrten Fall beigegeben ist; fehlt die letztere, so rumpirt der postumus [*Fr.* 24 *de liberis (Paul.):* Postuma sub conditione heres instituta si pendente

Betrachten wir nun die Form der exheredatio, wie sie sich unter der Herrschaft jenes Grundsatzes exheredationes non esse adiuvandas allmälig entwickelt hat.

1) Seiten- und Gegenstück der institutio ist sie nur möglich im Testament. Als daher die Kodizille aufkamen, war sie in diesen ebensowenig zulässig, wie die Einsetzung[133]: und es hängt demgemäß ihr Bestand ab von dem Bestande des Testaments, also von dem Antritt des eingesetzten Erben[134]. Was ihre Stelle anlangt, so ist gerade dadurch, daß sie im Testament zu stehen hat, ursprünglich von selber bestimmt, daß sie der institutio nachfolgen müsse; denn das Testament beginnt erst mit dieser[135]. Bei der exheredatio inter ceteros ergibt sich die Nothwendigkeit der Nachstellung schon einfach aus der Form[136]. Daß die nominatim facta exheredatio gemäß

conditione vivo patre nascatur rumpitur testamentum. Man hat sich mit dieser einfachen Stelle mehr zu thun gemacht als nöthig: vergl. Mühlenbruch p. 388 ff. Alles kommt darauf an, daß man ein unzulässiges argumentum a contrario abweise: was von der postuma gesagt ist, gilt mindestens ebenso gut vom postumus; wenn Ruption sogar da eintritt, wo die postuma vor der Wirksamkeit des Testaments geboren wird, dann ist sie bei der Geburt nach dem Tode des Vaters um so zweifelloser].

133) *Gai. II*, 273: Item codicillis nemo heres institui potest, neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint. § 2 I. de codicillis. C. 14 de testamentis. C. 2 de codicillis.

134) *Fr.* 20 *p. de bonorum poss. contra tab. (Tryph.):* — Sed quum exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius sit momenti —— Fr. 68 de hered. instit. Fr. 12 § 5 de bonis libert. Fr. 181 de reg. iuris.

135) Das ist der Grund, weshalb ursprünglich kein Legat, keine Freiheitsertheilung u. s. w. der Erbeseinsetzung gültig vorausgeschrieben werden konnte: Gai. II, 229. 230. Ulp. XXIV, 15. § 34 I. de legatis. Zuerst für die tutoris datio nahm Labeo und seine Schule die Möglichkeit der Voransstellung deshalb an, weil diese keinen Vermögensinhalt habe; die andere Schule leugnete das (Gai. II, 231), an sich wohl mit Folgerichtigkeit: denn auch für die Legate war der vermögentliche Inhalt nicht der eigentliche Grund der Nachstellung.

136) Darauf weist auch Gai. II, 128, obgleich verstümmelt, dennoch erkennbar hin.

dem Geiste des späteren Rechts der institutio vorausgehen dürfe, erklärte zuerst ein Reskript des Kaisers Trajan[137].

2) Aus dem Umstande, daß die exheredatio im Testament zu erfolgen hat, ergibt sich die Nothwendigkeit einer festen Wortform für die alte Zeit von selbst[138]. Sie folgt naturgemäß dem Muster der institutio, wenn uns auch die historische Entwickelung der Exheredationsform nicht so genau überliefert ist, wie die der Institution[139]. Analog dem heres esto der Institution finden wir als üblichste Form exheres esto[140]; die Formen exheredem esse iubeo, volo, facio haben zuverlässig derselben Anschauungsweise unterlegen, wie sie bei der Institution überliefert wird[141]. Daß exheres sit, exheres erit genügende Formen seien, bezeugen Juristen der klassischen Zeit[142]. Modestinus erkennt in dem Satz: te, filia, exheredavi eine gültige Exheredation[143]. Dagegen war der bloße Ausspruch, daß das Kind nichts haben solle „ille filius meus alienus meae substantiae fiat," bis auf Justinian eine Präteri-

---

137) *Fr. 1 p. de hered. instit. (Ulp. lib. 1 ad Sab.):* Qui testatur, heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti; licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit, nam Divus Traianus rescripsit, posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare. Auf diese Bestimmung Trajan's bezieht sich jenes Dekret von Divus Markus, dessen Fr. 3 § 2 de iniusto (Ulp. lib. 3 ad Sab.) gedenkt. Huschke (Gaius p. 40; vergl. auch seine Ausgabe von 1861) will Gai. II, 127 so restituiren, daß darin die Möglichkeit der Voranstellung der exheredatio ebenfalls ausgesprochen wird.

138) Kein Satz im Testament ist ursprünglich rechtsgültig ohne eine solche. Die Rechtsinstitute, welche im Testament möglich sind ohne feste Sprachform, sind späteren Ursprunges.

139) Die Stelle, wo Gaius die Exheredationsform besprach (II, 127 ff.), ist uns nur lückenhaft erhalten. Ulpian's Fragmente behandeln zwar die Form der institutio in einem eigenen kleinen Titel, nirgends aber die exheredatio.

140) Ulp. XXII, 33. 34. § 1 I. de exhered. lib. Fr. 2. Fr. 3 § 2. Fr. 13 § 1. Fr. 14 § 2. Fr. 15. Fr. 25 p. de lib. Fr. 11 de condit. instit.

141) Gai. II, 117.

142) Fr. 17 (Florentinus). Fr. 19 (Paulus) de liberis et post.

143) Fr. 61 de hered. instit.

tion[144]: das Kind war weder durch Ernennung zum Erben geehrt, noch durch Exheredation verurtheilt. — Daß die Exheredation nicht stillschweigend erfolgen könne, ergibt sich hieraus von selber. Dennoch entsteht in der Kaiserzeit und durch die Kaiser eine Ausnahme gerade von diesem Satz; im Soldatentestamente nämlich ist Präterition des Kindes genügende Form für seine Exheredation[145].

3) Der Notherbe muß für seine Lebzeiten exheredirt sein, nicht etwa erst für die Zeit nach seinem Tod[146]: denn in dem letzten Fall ist er für die Zeit präterirt, auf welche es allein ankommen kann, für sein Leben, und für eine Zeit enterbt, auf die nichts mehr ankommt[147]. — Die Formen, in welchen die Römer eine solche fehlerhafte exheredatio post mortem suam sehen, sind namentlich:

> Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto[148].
>
> Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto. Filius meus exheres esto[149].

---

144) C. 3 de liberis praet. Mühlenbruch p. 392.

145) § 6 I. de exhered. lib. C. 9 de testamento militis (tacite exheredari). C. 10 eod. Fr. 12 p. Fr. 47 § 4 de bonis libert.

146) *Fr.* 29 § 10 *de liberis (Scaev.)*: frustra exheredabitur [sc. filius] post mortem suam. *Fr.* 4 § 2 *de hered. inst. (Ulp.)*: post mortem enim filii facta est [sc. exheredatio], quam inutilem esse alias ostendimus. Vergl. Fr. 13 § 2 de lib.

147) Francke p. 62 sieht in der Enterbung eines Todten einfach und richtig eine res inepta. Weniger scharf Mühlenbruch p. 423.

148) *Fr.* 13 § 2 *de liberis:* Testamentum quod hoc modo scribitur: *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto* nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est.

149) *Fr.* 29 *p. de liberis (Scaev.)* bringt die aquilische Formel für die Einsetzung des postumus; dazu heißt es in § 10: In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam. Die aquilische Formel setzt den nepos postumus bei Lebzeiten des Sohnes, von dem er abstammt,

Aber warum wird hier die exheredatio als eine post mortem filii erfolgte bezeichnet[150]? hat sie doch äußerlich überall gar keinen Zusatz. Die Sache ist diese: Schon unter Nr. 1 wurde hervorgehoben, daß die Wirksamkeit der exheredatio, gerade wie die aller andern Bestimmungen im Testament, abhänge von der Wirksamkeit der in-

für den Fall ein, daß er als suus des Großvaters, also nach dem Tode seines Vaters geboren werde (s. oben).

150) Gewöhnlich zieht man noch Fr. 28 de conditionibus instit. hierher: ich glaube, mit Unrecht. Papinian, davon ausgehend, daß dem Notherbenrechte des Sohnes durch Einsetzung unter einer Potestativbedingung genügt werde, erläutert die Folge ihrer Deficienz. Gemäß den oben (Anm. 127) erörterten Grundsätzen wird auseinander gesetzt, daß diese Folge verschieden sei, je nach dem Moment, zu welchem die Deficienz statt hat. Tritt diese beim Leben des Sohnes ein, so wird er, wenn allein und ohne Substituten eingesetzt, Intestaterbe. Wenn dagegen erst mit dem Tode des Sohnes die Nichterfüllung der Bedingung sich herausstellt, so erbt er ab intestato deshalb nicht, weil er die Delation nicht erlebt hat, vielmehr beerben nun seine Kinder den Großvater ab intestato als sui heredes. Darauf heißt es: neque enim filius videretur obstitisse, post cuius mortem patris testamentum destituitur, quemadmodum si exheredato eodem filio nepotes, quum filius moreretur, heredes fuissent instituti. Unsere Interpreten, Förster, Francke, Mühlenbruch u. A. (angeführt bei Mühlenbr. p. 374 ff.) finden in dem Schlußsatz einen Fall, in welchem der Sohn den Enkel ausschließt, weil post mortem suam, also ungültig enterbt; zu quemadmodum ergänzen sie obstaret filius nepotibus. Allein quemadmodum setzt gleich, nicht entgegen; da nun in dem Vorhergehenden von einem Fall die Rede ist, wo filius non obstat heredibus, so ist hier zu erwarten quemadmodum non obstaret filius nepotibus. Diese Erwartung bestätiget sich. Das vorausgesetzte Testament lautet: Filius exheres esto; nepotes ex eo filio, quum filius morietur, heredes sunto. Das ist keine exheredatio filii post mortem suam, sondern eine Enterbung auf den letzten Augenblick seines Lebens (Gai. II, 232. III, 100. Fr. 107 § 1 de legatis I. Fr. 18 § 1. Fr. 61 p. de manumissis test. Savigny, System III, p. 206). Die Enkel sind für den Fall eingesetzt, daß sie die Sterbestunde ihres Vaters erleben. Der Sinn der Stelle ist demnach: wenn die Potestativbedingung, unter welcher der Sohn eingesetzt ist, erst mit seinem Tode defizirt, so werden seine Kinder (des Testators Enkel), sofern sie substituirt sind, Erben ex testamento, sofern sie das nicht sind, Intestaterben des Großvaters; denn ihr Vater kann ihnen hier, wo die Kinder erst nach seinem Tode berufen sind, so wenig im Wege stehen, als in dem andern Falle, wo er exheredirt ist, seine Kinder aber auf den letzten Augenblick seines Lebens zu Erben eingesetzt sind.

stitutio. Nun sind in den obigen Formen die Erben erst dann berufen, wenn der Sohn gestorben ist. Daraus folgt, daß auch die Enterbung des Sohnes erst wirksam werden soll nach des Sohnes Tod: er ist also erst nach seinem Tode enterbt[151].

4) Der Notherbe muß durch die Enterbung für den Zeitpunkt entfernt sein, für welchen der eingesetzte Erbe durch das Testament berufen ist. Die Enterbung für einen spätern Moment enthält eine Präterition für den entscheidenden der Institution.

Das ist der Fall, wenn das Testament lautet: Titius heres esto et quum heres erit Titius, filius exheres esto[152]; des-

151) Auf diesem Grundsatz beruht auch die oben, Anm. 123, erörterte Entscheidung Tryphonin's, wonach der unter einer kasuellen Bedingung eingesetzte und für den entgegengesetzten Fall exheredirte Sohn dann doch als präterirt gilt, wenn sich die Bedingung nicht bei seinem Leben entscheidet (dixi, heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum vivit neque ex testamento heres neque exheredatus fuit: Fr. 28 p. de liberis). Aber dieser weitgehende Satz des Juristen, zufolge welchem der formell für keinen Fall Präterirte doch als solcher betrachtet werden soll, eines späteren zufälligen Erfolges wegen, muß als auf den Fall, für welchen er ausgesprochen ist, beschränkt hingestellt werden. Jedenfalls wird derselbe da nicht anerkannt, wo der Grund, weshalb sich die Stellung des enterbten Sohnes bei seinen Lebzeiten nicht entscheidet, in der Person des eingesetzten Erben liegt. Das Testament, welches lautet: Titius heres esto, filius meus exheres esto bleibt gültig, auch wenn Titius die Erbschaft erst nach dem Tode des Sohnes antritt (Fr. 9 § 2 de liberis, Paulus); wenn das Testament etwa lautete: Filius meus exheres esto, Titius si Seiam in matrimonium duxerit heres esto, so ist der Sohn, welcher pendente conditione starb, doch nicht als heres ab intestato gestorben (Fr. 6 de suis, Iul.): und doch hätte sich in beiden Fällen sagen lassen dum vixit neque ex testamento heres neque exheredatus fuit.

152) *Fr. 68 de hered. instit. (Pomp.):* Der Jurist erklärt, daß die Einsetzung des Sempronius unter der Bedingung si Titius capitolium ascenderit gültig, die unter der andern si Titius voluerit ungültig sei, obgleich im Grund beide denselben Sinn haben. Hierauf fährt er fort: Quaedam enim in testamentis si exprimantur effectum nullum habent, quando si verbis tegantur eandem significationem habeant, quam haberent expressa; et momentum aliquod habebunt. Sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat et tamen nemo dubitat, quin, si ita aliquis filium exheredaverit: *Titius heres esto et quum heres erit Titius, filius exheres esto,* nullius momenti esse exheredationem. Die

gleichen wenn mehreren Institutionen der Satz hinzugefügt ist: quisquis mihi heres erit, filius exheres esto[153]. Durch beide Formen nämlich ist der Sohn erst für den Zeitpunkt exheredirt, nachdem die eingesetzten Erben die Erbschaft erworben haben; hinwiederum können diese nicht anders Erben werden, als mit Entfernung des suus heres. Daher gilt die Verfügung für nichtig, weil den Worten nach nicht ausführbar. Freilich wenn es sich um ein, von der Jurisprudenz begünstigtes Institut gehandelt hätte, so würde man, über den mangelhaften Ausdruck hinwegsehend und an die zweifellose Absicht des Testators sich haltend, die Sache so behandelt haben, wie stünden die störenden Worte „et quum Titius heres erit,“ „quisquis mihi heres erit“ überall nicht im Testament[154]. Da jedoch die so ungünstig als möglich angesehene exheredatio in Frage steht, so wird der mangelhafte Ausdruck dahin ausgelegt, als hätte der Testator etwas Unmögliches gewollt.

5) Wer durch die Exheredation nicht von der ganzen Erbschaft entfernt ist, der ist es gar nicht, denn für den Rest ist er suus heres: Niemand aber kann zugleich heres sein und exheres. Diese Regel wirkt nach zwei Seiten hin.

1. Wer durch die Exheredation nicht von allen Erbschaftsstücken entfernt ist, der ist nicht gültig exheredirt. Davon handelt

---

Anfangsworte des Schlußsatzes deutet Förster misverständlich dahin, daß gesagt sein soll, die Hinzufügung der überflüssigen Bedingung si quis heres existat schade nicht. Pomponius sagt: zuweilen schadet dem Testament die ausdrückliche Hinzufügung eines Umstandes, der sich von selbst verstehen würde; so z. B. gilt die Enterbung des Sohnes selbstverständlich nur dann, wenn jemand aus dem Testament Erbe geworden, und doch ist die Exheredation mit dem Zusatz quum Titius heres erit zweifellos ungültig.

153) *Fr.* 3 § 2 *de lib. et post. (Ulp.)* — nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit. Nam si hoc fecit, vitiosa erit institutio, quemadmodum si ita eum exheredaverit: *quisquis mihi heres erit, filius exheres esto.* Nam, ut Iulianus scribit, huiusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum submotum, quod impossibile est [heres fehlt in der Florentina; in der von den Kompilatorenschreibern kopirten Handschrift wird gestanden haben mihi h.].

154) Vergl. z. B. Fr. 9 § 14 de hered. instit.

nur eine Stelle[155], welche zwei Fälle bespricht. In dem ersten lautet das Testament: Filia mea heres esto; filio meo decem do lego et in cetera parte exheres mihi erit. Der Gegenstand, für welchen der Sohn weder instituirt noch exheredirt ist, besteht lediglich aus diesen Zehn, die er als Legatar selber haben soll. Aber das reicht hin, um die ganze Exheredation ungültig zu machen; denn da er in Bezug auf diese Kleinigkeit seines Erbrechts nicht beraubt ist durch das Testament, so tritt er für sie ein als suus heres; er wäre mithin heres und exheres zugleich. Der andere Fall, dessen Skävola erwähnte, wird so zu denken sein: Titius ex fundo capenate heres esto; filius ex eo fundo exheres esto. Weil die Institution begünstiget wird, deshalb wird der Zusatz ex fundo capenate als bei ihr nicht vorhanden angesehen[156]. Weil die Exheredation zu den Dingen gehört, welche die Interpretation, wenn irgend möglich, beseitiget, deshalb hat in Bezug auf sie keine ausdehnende Erklärung statt: demnach wäre der Sohn auch hier heres und exheres zugleich.

2. Wer nicht von allen, zugleich berufenen Erben exheredirt ist, der ist es gar nicht[157]. Der einfachste Fall liegt dann vor, wenn das Testament nur einen Grad hat. Lautet dasselbe beispielsweise: Seius et Sempronius heredes sunto; filius meus exheres esto, so ist der Sohn natürlich von beiden Erben exheredirt. Steht dagegen lediglich geschrieben: „Filius meus a Sempronio exheres esto,“ so ist der Sohn in Bezug auf Seius und das, was dieser erhalten soll, nicht exheredirt: er ist es daher rechtlich überhaupt

---

155) *Fr.* 19 *de lib. et post. (Paul.)*: Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit: *et in cetera parte exheres mihi erit* et quaereretur, an recte exheredatus videretur. Scaevola respondit: non videtur, et in disputando adiiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adiuvandae.

156) Fr. 1 § 4 de hered. instit.

157) Wer nicht von allen Erben exheredirt ist, der ist auch von einzelnen Erbschaftstheilen nicht exheredirt.

nicht[158]. Hat das Testament mehrere Grade, so ist zunächst für einen jeden einzelnen derselben die Frage zu beantworten, ob der Notherbe dabei exheredirt sei oder nicht. Da es nun im einzelnen Fall zweifelhaft sein kann, ob die im Testament ausgesprochene Exheredation auf einen, mehrere oder alle Grade sich beziehe, so hat sich für die Beantwortung dieser Frage das natürliche, von Kaiser Antoninus ausgesprochene Prinzip herausgebildet, daß darüber die Absicht des Testators zu entscheiden habe[159]. Ueberall nun, wo sich

158) *Fr.* 8 § 3 *de bon. poss. contra tab. (Ulp.):* Si ab uno ex heredibus sit filius exheredatus, Marcellus libro 9. Digestorum scribit, non videri exheredatum; idcirco contra tabulas bonorum possessionem peti posse contra utrumque heredem (das Civilrecht ist natürlich nicht milder als der Prätor). *Fr.* 3 § 2 *de lib. (Ulp.):* Filius inter medias quoque institutiones heredum recte exheredatur et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit. Nam si hoc fecit, vitiosa erit exheredatio.

159) Dabei spricht der Kaiser überdies den natürlichen Gedanken aus, daß in Zweifel davon auszugehen sei, der Testator habe die Enterbung generell gemeint: C. 1 de liberis praeteritis (204). Daraus haben sich folgende Sätze entwickelt. Hat der Erblasser ausdrücklich erklärt, für welche Grade die Exheredation gelten solle, so kommt nichts darauf an, an welcher Stelle des Testaments er das gethan (C. 1 cit.). Ist eine solche Erklärung nicht vorhanden: *a*) so gilt die Exheredation vor allen Graden für alle Grade (Fr. 3 § 3 de liberis), *b*) die Exheredation nach allen Graden gilt im Zweifel für alle Grade (C. 1 cit., der Kaiser sagt von einem solchen Fall „nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum gradu exheredare voluisse“ und darauf gründet sich mit Recht die herrschende Meinung), *c*) die zwischen zwei Grade gestellte Enterbung bezieht sich auf diese beiden Grade (Fr. 3 § 4 de liberis. Fr. 19 p. § 1 de iniusto). *d*) Ueberaus weit geht *Fr.* 3 § 5 *de liberis* [In eo, qui miscuit duos gradus, exheredationem valere Mauricianus recte putat, veluti: primus heres esto ex semisse; si primus heres non erit, secundus ex semisse heres esto; tertius ex alio semisse heres esto, filius exheres esto; si tertius heres non erit, quartus heres esto; nam ab utroque gradu remotus est.]; eine einfache Erklärung dieses Testaments würde dazu führen, es sei der Sohn zwar von tertius und quartus, also insofern auch von zwei Graden, aber nicht von primus und secundus enterbt, also nicht von allen Erben. Aber dann läge eine Ungültigkeit vor, welche Ulpian gerade in Abrede stellt. Man wird diese Entscheidung eben als eine exorbitant weitgehende, innerlich ziemlich wenig begründete hinzunehmen haben, und daher ihre Ausdehnung über den gegebenen Fall hinaus mit Vangerow p. 276

hiernach eine Präterition des Notherben ergibt, gelten für die Wirkung derselben die gewöhnlichen Grundsätze[160].

6) Der Exheredirte darf für keinen Fall präterirt sein. Der nur für einen Fall Exheredirte ist verletzt durch die Präterition für den andern. Demgemäß ist jede bedingte Exheredation an sich Ver-

---

verwerfen müssen. Anderenfalls würde man füglich zu dem Satz kommen, die im Testament ausgesprochene Exheredation gelte generell, möge sie stehen an welcher Stelle sie wolle.

160) Im Allgemeinen ist dabei der obige Satz maßgebend, daß der Notherbe verletzt ist, wenn auch nur bei einem der Delaten präterirt. Daß er das sei, kann entweder davon kommen, daß der fragliche Grad von Anfang an eine solche theilweise Präterition enthielt, oder aus dem andern Grunde, weil, während ursprünglich der Notherbe von allen Erben dieses Grades exheredirt war, an die Stelle eines von diesen einer aus dem folgenden Grade, der keine gehörige Exheredation enthielt, nachrückte. Im Uebrigen ist zu unterscheiden: *a*) Der betreffende Notherbe ist filiusfamilias iam natus: dann ist jeder, auch nur theilweise ihn präterirende Grad von Anfang an nichtig, also auch das Nachrücken aus einem solchen unmöglich. *b*) Der Notherbe ist ein Enkel oder eine Tochter: dann gilt auch der präterirende Grad, der Notherbe aber akkrescirt, sobald unter den berufenen Erben auch nur einer sich befindet, bei welchem er präterirt ist. *c*) Der Notherbe ist postumus: hier ist das ganze Testament gültig errichtet, aber mit seinem Erscheinen rumpirt der Postumus einen jeden, ihn präterirenden Grad. Daraus folgt: a) Wenn der Grad, aus welchem die Erbschaft bei seinem Erscheinen deferirt wird, ihn nicht präterirt, so kommt er nun keinesfalls als Notherbe zur Erbfolge; denn gesetzt auch, einer der Delaten fiele weg vor dem Erwerb, so kann nunmehr kein Substitut aus dem, den postumus präterirenden Grade nachrücken, weil dieser ganze Grad mit dem Erscheinen des postumus ungültig geworden ist: demnach akkrescirt der vakant gewordene Erbtheil dem anderen Erben des ersten Grades. [Darauf bezieht sich Fr. 14 p. de liberis am Schluß, das freilich in seinem Ausdruck wenig sorgfältig ist: vergl. Mühlenbruch p. 499. Die gewöhnliche Erklärung will, dem Vorgange von Cujaz folgend, zu excludatur suppliren morte; aber abgesehen von der Gezwungenheit dieser Auslegung, wäre für sie exclusus sit zu erwarten.] b) Wenn einer der Erben des ersten Grades, wobei der postumus gehörig exheredirt ist, wegfällt vor dem Erscheinen des postumus, so rückt sein Substitut nach, wäre auch bei ihm jener präterirt; denn noch gilt das Testament vollständig: erscheint nunmehr der postumus, so tritt der Satz in volle Wirksamkeit rumpendo sibi locum facit, weil er bei einem der Delaten präterirt ist [Auf diesen Fall geht Fr. 19 p. de iniusto, wie schon ein Scholion der Basiliken richtig erkannt hat.].

letzung des Notherbenrechts[161]. Das ist, obgleich man sich wohl darüber verwundert hat, von dem Standpunkte aus, welchen die römische Jurisprudenz hier überhaupt einnimmt, vollkommen in der Ordnung. Denn wenn man die bedingte Exheredation für genügend erklärt hätte, so wäre im Falle der Deficienz der Bedingung der Notherbe — und zwar sogar dem wahrscheinlichen Willen des Vaters zuwider — doch nicht Erbe geworden, weil nicht instituirt; das Resultat also wäre gewesen: absolute Gleichheit der bedingten Exheredation und der unbedingten[162]. Weil dem so ist, deshalb erscheint es als vollkommen konsequent, daß das Testament dann gültig ist, wenn mit der bedingten Exheredation eine Einsetzung des Notherben auf

---

161) *Fr.* 3 § 1 *de liberis et post. (Ulp.):* Pure autem filium exheredari Iulianus putat; qua sententia utimur. *Fr.* 18 *p. de b. p. contra tab. (Hermog.):* Sed sub conditione exheredatus contra tabulas bonorum possessionem petet, licet sub conditione institutus a contra tabulas bonorum possessione excludatur: certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt. Auch von dem unter einer Potestativbedingung Exheredirten gilt das, obgleich der unter einer derartigen Bedingung Instituirte nicht für präterirt geachtet wird: beides mit Recht; denn der letzte wird nur dann nicht testamentarischer Erbe, wenn er nicht will, der erste dagegen wird es nicht, auch wenn er es will. Vergl. Förster p. 67, Mühlenbruch p. 421.

162) In diesem Sinne verstehe ich auch Hermogenian's Grund: certo enim iudicio liberi removendi sunt. Sein Ausspruch bezieht sich nicht auf den Fall, wo eine Exheredation für den umgekehrten Fall hinzugefügt wurde; denn der ist ja gültig. Das incertum iudicium muß also gerade darin liegen, daß die Institution für den anderen Fall fehlt; der Erblasser hat es für einen Fall unbestimmt gelassen, was sein Wille sei und eben das ist sein Fehler. Francke (p. 62) freilich legt der Begründung des Juristen keinen Werth bei, dieser demonstrire idem per idem. Er selber findet den Grund darin, daß die Enterbung zur Form des Testaments gehöre; eine bedingte Enterbung würde nun eine Ungewißheit des ganzen Testaments enthalten. Dagegen erklärt sich hinwiederum Mühlenbruch p. 415, seinerseits annehmend, wer der Enterbung eine Bedingung hinzufüge, der sei zu dieser Handlung noch nicht so entschlossen, als ihr Ernst und ihre Bedeutung es erfordern; ein moralisirender, zu diesem Formenrecht überhaupt wenig passender Satz, auf den er die meisten Besonderheiten der Exheredation zurückzuführen geneigt ist.

den umgekehrten Fall verbunden wurde: denn hier besteht für keinen Fall eine Präterition[163].

7) Die bis hierher beschriebenen Erfordernisse gehören zur Gültigkeit einer jeden Exheredation[164]. Schon aus der Art, wie sie uns mitgetheilt werden, ergibt sich ihre Entwickelung durch die Jurisprudenz. Eben daraus erhellt, daß jene keineswegs insgesammt der älteren Zeit entstammen; aus dieser kommt allerdings der allgemeine Geist des Instituts: die feinere Entwickelung des Details gehört der Zeit an, in welcher die Jurisprudenz überhaupt zur vollkommenen Blüthe gelangte.

Noch ist ein Requisit zu untersuchen, welches nachweislich erst in einer späteren Zeit aufgestellt, in seinen Anfängen keineswegs auf alle Fälle der Enterbung bezogen wurde: das nominatim exheredare.

Die Bezeichnung der zu enterbenden Personen konnte von jeher in doppelter Weise erfolgen. Entweder nämlich man hob das betreffende einzelne Individuum besonders hervor: nominatim exheredare, oder man bediente sich eines generellen Ausdrucks, unter welchen auch der Notherbe fiel: exheredatio inter ceteros. Die letzte Form ist unzweifelhaft der den Erbeseinsetzungen nachfolgende Satz: ceteri omnes exheredes sunto[165]. Derselbe läßt, wie einfache Betrachtung zeigt, die Möglichkeit offen, daß einzelne Notherben doch nur durch ein Versehen, durch Irrthum des Testators sich

---

163) S. oben bei Anm. 121 ff. Da die Exheredation überhaupt den Institutionen vorausgestellt werden darf, so gilt das natürlich auch von der bedingten. Seltsamer Weise findet darin Mühlenbruch p. 416 ff. eine Präterition: dagegen Arndts im Rechtslexikon III p. 892.

164) Einzelne derselben werden allerdings nur beim Sohn erwähnt; aber das geschieht eben nur beispielsweise. Lediglich da sind wir berechtiget, eine Beschränkung auf den Sohn anzunehmen, wo uns das ausdrücklich gesagt wird.

165) Die Form der exheredatio inter ceteros wird öfter erwähnt als mitgetheilt. Für die Annahme des Textes spricht der ganze Zusammenhang der Dinge, desgleichen Theophilus (zu p. § 1 I. de exh. lib.), der inter ceteros durch ἀορίστως überträgt und als Formel gibt: ἔστω μου ὁ δεῖνα κληρονόμος, οἱ δὲ λοιποὶ ἔστωσαν ἀπόκληροι. Vergl. Fr. 25 p. de liberis et postumis.

nicht unter den eingesetzten Erben finden. Trotzdem wurde auch diese Form anfänglich allgemein als genügend angesehen[166]. Cicero hat in einer gelegentlichen Erzählung uns die Veranlassung mitgetheilt, welche eine Veränderung herbeiführte[167]. Offenbar bei seinen Lebzeiten[168] war es vorgekommen, daß ein Vater, nachdem er seinen beim Heer befindlichen einzigen Sohn zum Erben eingesetzt, in einem zweiten späteren Testament deshalb einen beliebigen Dritten zum Erben ernannt und die gewöhnliche Klausel der exheredatio inter ceteros hinzugefügt hatte, weil ihm die falsche Nachricht zugekommen war, der Sohn sei gestorben. Die Centumvirn, vor welche der Prozeß gemäß der allgemeinen Regel gehörte, erkannten hier zum

166) Das sagt ganz entschieden Justinian in C. 4 p. de liberis praeteritis, wo er es überhaupt versucht, eine kurze Geschichte der Exheredationsform zu geben: Scimus etenim, antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, quum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt. Wir haben gar keinen Grund, an der Richtigkeit dieser Mittheilung zu zweifeln.

167) *Cicero de oratore I*, 38: Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? de cuius morte quum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et quem ei visum esset fecisset heredem essetque ipse mortuus: res delata est ad centumviros, quum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam [testamento exheres filius]. Nempe in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim? [Die von Ernesti, Ellendt und auch noch von der Halm'schen Ausgabe eingeklammerten Worte stehen handschriftlich fest; man hat sie wohl deshalb verdächtiget, weil hier nicht derselbe Sohn schlechthin für exheredirt gelten könne, dessen Exheredation im nächsten Satz für rechtlich zweifelhaft erklärt wird. Aber jene haben einen vollkommen guten Sinn; sie vertreten nämlich die damals gewöhnliche, den im Testament eingesetzten Erben zur Stütze dienende Ansicht, wonach durch die dem Testament beigegebene exheredatio inter ceteros auch der Sohn als enterbt zu gelten hatte.] Vergleiche de oratore I, 57. Auch Valerius Maximus (VII, 7, 1) erzählt die obige Geschichte, aber seine wenig sorgfältige Relation hat deshalb geringen Werth, weil aller Wahrscheinlichkeit nach gerade Cicero, wie so oft, seine einzige Quelle war.

168) Denn wenn auch Cicero weder Namen noch Zeit angibt, so spricht er doch davon wie von einem, seinen Zeitgenossen ganz geläufigen Fall; wie er überhaupt seine juristischen Beispiele der Geschichte des Tags zu entnehmen pflegte.

ersten Mal, daß der nicht nominatim sondern lediglich inter ceteros exheredirte Sohn als präterirt zu betrachten sei[169]. Sie forderten daher für die Enterbung des Sohnes, daß die Exheredationsform selber den Beweis liefere, der Vater habe, als er sie aussprach, des Sohnes gedacht[170]. Für die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses wurden von dem civile ius anfangs folgende Unterscheidungen festgehalten. Von den bei der Testamentserrichtung vorhandenen Notherben mußte lediglich der Sohn nominatim enterbt werden, für alle übrigen (Tochter, Enkel) genügte entschieden exheredatio inter ceteros[171]. Die Postumen anlangend, so stand es fest, daß der Sohn nominatim zu enterben sei; desgleichen, daß Töchter und Enkelinnen dann gültig inter ceteros exheredirt waren, wenn die Zuwendung eines Legats an sie damit verbunden wurde[172]. Dagegen über das Recht der nachgeborenen männlichen Enkel bestand eine Zeit lang Verschiedenheit der Ansichten; aber die spätere Praxis entschied sich für die Nothwendigkeit der nominatim facta exheredatio[173]. Als der

---

169) Cicero theilt die Entscheidung des Gerichtshofs nicht ausdrücklich mit, allein schon nach der Art, wie er spricht, würden wir anzunehmen haben, daß sie in dem obigen Sinne ausgefallen sei, wenn es auch weder Valerius Maximus noch Justinian ausdrücklich sagte.

170) Die exheredatio inter ceteros mit der Hinzufügung eines Legats an den Sohn hätte natürlich materiell diesen Beweis auch gebracht: aber der Vater soll ihn in der Form der exheredatio liefern.

171) Ulp. XXII, 20. Gai. II, 123. 127. p. I. de exheredat. lib. Theophil. eod. l. Gai. Visig. II, 3 p. Daß namentlich die filia iam progenita durch exheredatio inter ceteros auch ohne Hinzufügung eines Legats gültig beseitiget wurde, bezeugt Justinian in C. 4 § 2 de liberis praeteritis. Vergl. Mühlenbruch, Band 37 p. 99.

172) Ulp. XXII, 21. § 1 I. de exh. lib. Theoph. eod. l. Der Sinn der Sache ist: in Bezug auf den filius postumus wird, wie angegeben, verlangt, daß der Erblasser den Beweis, daß er seiner gedacht, in der Enterbungsform selber liefere; für Töchter und Enkelinnen genügt dieser in Legatsform erbrachte Beweis.

173) Ulpian nämlich spricht in den Fragmenten (XXII, 22) als seine Meinung aus, es genüge auch hier exheredatio inter ceteros mit einem Legat, obschon er sich veranlaßt sieht hinzuzufügen: sed tutius est tamen nominatim eos exheredari; et id observatur magis. Dagegen alle anderen Quellen fordern namentlich Enterbung: Paulus III, 4 B, § 10. Alexander in C. 2 de lib.

Prätor sein Edikt über die bonorum possessio contra tabulas aufstellte, genügte ihm zwar für die Frauen die inter ceteros exheredatio, dagegen verlangte er für alle männlichen Geschlechts das nominatim exheredare, also auch für die nepotes schlechthin, nicht blos für die nepotes postumi [174]. Den letzten Schritt endlich, auf welchen die Dinge sichtlich hinwiesen, thut Justinian; die Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts beseitigend, schreibt er vor, daß alle, auch die weiblichen Notherben, nominatim enterbt werden müssen. Es ist daher seit dieser Zeit die namentliche Enterbung allgemeines Erforderniß überhaupt, allen formell Berechtigten gegenüber [175].

Als nominatim facta exheredatio gilt, wie gesagt, eine jede individuelle Bezeichnung des Betreffenden [176]; möge dieselbe durch

---

praet. § 1 I. de exh. lib. Theoph. eod. l. und sogar Ulpian in der justinianischen Kompilation: Fr. 3 p. de iniusto; Fr. 10 § 2 de testam. tut. Möglich, daß die Kompilatoren, wie Cujaz ad Fr. 4 de liberis meint, Fr. 3 in diesem Sinne geändert haben (Fr. 10 hat er nicht bemerkt); ebenso möglich, daß Ulpian selber in späteren Schriften dieser Ansicht huldigte.

174) Ulp. XXII, 23. Gai. II, 129, 135. § 3 I. de exh. lib. Theophil. eod. l. C. 4 p. de liberis praeteritis. Die Gesammtheit dieser Stellen macht es unzweifelhaft, daß diese prätorische Vorschrift auf die Civilerben ebenfalls bezogen wurde. Es muß jedoch auch eine andere Ansicht über diesen Punkt bestanden haben; denn sonst hätte Ulpian, von dem praktischen Rechte seiner Zeit redend, nicht sagen können, es sei rücksichtlich der nepotes postumi sicherer, sie nominatim zu enterben; er hätte vielmehr sagen müssen, es sei das nach prätorischer Vorschrift nothwendig. Vielleicht verhielt sich die Sache so: das Edikt handelte in dem Zusammenhange, in welchem es der Exheredationsform gedacht, nur von den emancipati; dabei mag der eine Theil der Juristen stehen geblieben sein, der andere überwiegende dagegen stellte den Satz auf, was der Prätor für die emancipati verlange, das müsse man selbstverständlich um so mehr für die sui beanspruchen.

175) C. 4 § 12 de liberis praeteritis. § 5 I. de exheredatione lib. Theophil. eod. loco.

176) *Theophil. ad p. I. de exhered. lib.*: — *καὶ ἁπλῶς, πᾶσα φράσις σαφῶς δηλοῦσα τὸ ὑποκείμενον πρόσωπον*, nominatim *ἐξερεδατίονα ἀποτελεῖ*. — Das Erforderniß des nominatim findet sich auch sonst. Die lex furia verlangte, daß die Freiheit dem Sklaven im Testament nominatim ertheilt werde und daß hier

Angabe seines Namens [177] erfolgen oder durch eine, nach den Umständen klare Demonstration [178]. Nur in einer Stelle von Paulus wird mit Verläugnung dieses ursprünglich charakteristischen Moments die Formel ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto ebenfalls für eine exheredatio nominatim facta erklärt [179].

---

die demonstratio genüge, bestimmte das orfitianum senatusconsultum: Paul. IV, 14 § 1. Fr. 24. 27 de manumissis testamento. Auch in dem libonianum, ferner in einem SC. Lupo et Largo Coss. findet sich die Erwähnung des nominatim exheredare: Fr. 10 § 1 de lege cornelia. Gai. III, 63. 71. — Ganz analog heißt es in *Fr.* 34 *p. de cond. et dem. (Flor.)*: Nominatim alicui legatur ita: Lucio Titio; an per demonstrationem corporis vel artificii vel officii vel necessitudinis vel affinitatis, nihil interest; nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur, nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit.

177) *Fr.* 1 *de lib. et post. (Ulp.)*: Quid sit nominatim exheredari, videamus; nomen et praenomen et cognomen eius dicendum est; an sufficit vel unum ex his? Et constat sufficere.

178) Durch die Formel filius meus exheres esto ist der einzige Sohn gehörig demonstrirt (p. I. de exh. lib. Fr. 2 de lib. et post. Vergl. Gai. II, 127. Serv. ad Aen. IV, 674), ebenso ex Seia natus: Fr. 3 de lib. et post., ferner genügt die Angabe der Beschäftigung, des Alters, der Farbe u. s. w.: Theoph. ad p. I. h. t., endlich sogar die ihn treffende Beschimpfung: [*Fr.* 3 *p. eod.*: Et si pepercerit filium dicere, ex Seia autem natum dixit, recte exheredat; et si cum convitio dixerit: non nominandus vel non filius meus, latro, gladiator, magis est, ut recte exheredatus sit; et si ex adultero natum dixerit. Mühlenbruch p. 302 will verbinden: non filius meus, latro, gladiator. Gewiß nicht richtig, schon das non nominandus am Anfang ist gegen die Verbindung und sicherlich demonstrirt unter Umständen jede einzelne dieser Bezeichnungen vollkommen]. — Bei dem postumus war natürlich Namennennung überhaupt unmöglich. Als Formeln für seine Enterbung finden wir: postumus exheres esto; quicunque mihi filius unus pluresve in decem mensibus gignuntur, exheredes sunto; quicunque filius aut filia mihi natus natave fuerit, exheres sit; venter exheres esto u. s. w. (Gellius III, 16, 13. Gai. Vis. II, 3, 2. § 1 I. de exh. lib. Theoph. eod. l. Fr. 3 § 5. Fr. 14 de iniusto. C. 4 de postumis); und daß solche Formen als namentliche Enterbungen der Postumen zu gelten haben, bezeugt ausdrücklich Justinian in C. 4 § 2 de liberis praet. Ueber die postumorum loco s. oben.

179) *Fr.* 25 *p. de lib. et post. (Paul. lib.* 12 *resp.)*: Titius testamento he-

8) Fragen wir endlich noch, welche Absicht der Vater mit dieser Exheredation verbinden müsse, damit sie gültig sei, so finden wir einen wesentlichen Unterschied zwischen der Auffassung der früheren und der späteren Zeit.

Noch zu Cicero's Zeit war die Form Alles. Fand sie sich gehörig beobachtet, so galt das Kind für enterbt, selbst dem klaren Willen des Testators zuwider. Das beweist der besprochene Fall in de oratore. Daß der Vater nur deshalb ein neues Testament gemacht, den Sohn nicht eingesetzt und die Klausel der exheredatio inter ceteros hinzugefügt hatte, weil er den Sohn für todt hielt, war unzweifelhaft. Aber daß bei Wahrung der Exheredationsform gerade dieser Irrthum ein Grund für ihre Ungültigkeit sein könne, daran dachte Niemand: gerade weil man das nicht glaubte, verlangte man damals zum ersten Male die namentliche Enterbung des Sohnes und aus demselben Gesichtspunkt ist das in anderen Fällen aufgestellte Erforderniß des Legats bei exheredatio inter ceteros hervorgegangen.

---

redem instituit et filium habens sic exheredationem posuit: *ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto;* Paulus respondit, filium recte exheredatum videri. Postea consultus, an videatur exheredatus, quem pater putavit decessisse, respondit, filios et filias nominatim exheredatos proponi, de errore autem patris, qui intercessisse proponitur, apud iudicem agi oportere. Es leuchtet ein, daß hier eine individuelle Hervorhebung des einzelnen Kindes nicht vorliege; der ganze Unterschied von der gewöhnlichen exheredatio inter ceteros besteht in dem Gebrauch der Worte filii omnes anstatt ceteri omnes und es beweisen dieselben, daß der Testator nicht blos der ganzen Welt, sondern insbesondere seiner Kinder gedacht habe: dagegen beweisen sie nichts für das Gedenken an das bestimmte einzelne Kind. Mithin liegt hierin ein Nachlassen von der Strenge der alten Form. Diese Abweichung von dem üblichen Recht, welche in der Stelle nicht zu verkennen ist, hat z. B. Schrader ad p. I. de exh. lib. bestimmt, die genannte Formel für eine exheredatio inter ceteros zu erklären, welche nur dann einer nominatim facta gleich zu achten sei, wenn, wie in dem Fall der Stelle, lediglich ein einziger Sohn vorhanden. Obgleich nun auch Mühlenbruch p. 306 ff. dieser Ansicht huldiget, so verstößt sie doch gegen die klarsten Worte des Juristen: filios et filias nominatim exheredatos videri. Siehe Francke p. 61, Arndts im Rechtslexikon III p. 891, Savigny, System III p. 380.

Anders lautet das Recht der Pandekten. Das ergibt sich aus Folgendem:

Obgleich der Soldat sein Kind durch Präterition formell gültig exheredirt, so besteht doch dann, wenn diese Präterition nicht in der Absicht der Exheredation, sondern aus Irrthum erfolgte, keine rechtsgültige Exheredation [180].

Wenn der Vater im Testament der Enterbung als Grund beifügt, der Enterbte sei nicht sein Kind: so ist im Falle des Irrthums die Exheredation ungültig, weil der Vater gar nicht die Absicht gehabt, sein Kind zu enterben [181].

Die Enterbung, welche das Kind nicht individuell bezeichnet, ist dann ungültig, wenn der Beweis geliefert wird, daß der Vater irrthümlich dasselbe für todt gehalten [182].

Daraus ergibt sich: nach den Anschauungen einer milder gewordenen Zeit besteht überhaupt die formell gehörig erfolgte Exheredation nur dann zu Recht, wenn sie von dem Vater in der Absicht hinzugefügt wurde, sein Kind zu enterben, ohne eine solche ist schlechthin eine jede Exheredation wirkungslos: und es begreift sich, daß Paulus, von diesem neuen Grundsatze ausgehend, gerade in diesem Zusammenhang das Requisit des nominatim exheredare in laxere Formen zu fassen geneigt sein konnte.

---

180) § 6 I. de exhered. lib. Fr. 33 § 2. Fr. 36 § 2 de testamento mil. C. 9. 10 eod. tit.

181) *Fr.* 14 § 2 *de lib. et p. (Afric.):* Si quis ita scripserit: ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto, hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus; non enim videri quasi filium exheredatum esse, quum elogium pater, quum filium exheredaret, proposuisset, et adiecisset propter eam causam exheredare probaturque patrem circa causam exheredationis errasse. Fr. 15 eod. Fr. 1 § 9 de carboniano edicto. Uebrigens kann die Bezeichnung non filius meus auch lediglich als Beschimpfung hinzugefügt sein (Fr. 3 p. de lib. et post.): dann liegt die einzige Hülfe in der querela inofficiosi, Fr. 27 § 1 de inoff. test.

182) Fr. 25 p. de lib. et post. (oben in Anm. 179). Das ist also der entschiedene Gegensatz zu dem Rechte aus Cicero's Zeit.

Prätorisches Recht.

Wer irgend ein bedeutsames Glied der bonorum possessio in seinem inneren Zusammenhang erforschen will, der kann sich der Grundfrage nicht entziehen: zu welchem Zweck und für wen ist die bonorum possessio überhaupt entstanden? Ich meinestheils bekenne mich zu der Ansicht, wonach jene, eine vorläufige Repräsentation des heres, vom Prätor eingeführt wurde des heres wegen. Derjenige, dem sie zugetheilt wurde als dem wahrscheinlichen heres, bekam dadurch die Möglichkeit, sich auf dem Wege Rechtens in den Besitz der hereditas zu setzen, und zwar insbesondere in den Besitz der corpora hereditaria durch das interdictum Quorum bonorum. Dieser aber brachte — abgesehen von der thatsächlichen Bedeutung eines jeden Besitzes — den doppelten rechtlichen Vortheil, daß der Besitzer einmal in die Lage kam pro herede zu usukapiren und daß er zweitens — und darauf liegt das Hauptgewicht — für den Fall eines nachträglichen Prozesses um das Erbrecht der Rolle des Beklagten bei der hereditatis petitio sicher war[1].

---

1) Für unrichtig halte ich die Vermuthung, zufolge welcher die bonorum possessio zwar für den heres, aber nicht damit er die Rolle des Beklagten bei der hereditatis petitio erlange, sondern deshalb entstanden sein soll, damit durch sie die vindiciae in der legis actio sacramento ertheilt werden (Fabricius). a) Die Ertheilung der vindiciae bildet ein, der vindicatio und der provocatio sacramento nachfolgendes Glied des vor dem Präter gegen eine bestimmte Person begonnenen Rechtsstreits, wobei der Magistrat für eine der beiden Parteien entscheidet; dagegen wird die bonorum possessio ertheilt vor dem Beginn eines Prozesses und ohne die Anwesenheit eines Gegners: Cicero in Verr. I, 45 § 115.

Vom Standpunkte dieser Auffassung aus erscheint es zwar nicht als absolut nothwendig, aber als bei weitem am natürlichsten, daß — anders als man gewöhnlich anzunehmen pflegt — eine contra tabulas bonorum possessio so früh vorhanden gewesen, als es überhaupt eine bonorum possessio gab[2]. Denn zu der Zeit, wo der Prätor diese zum ersten Mal in das Edikt aufnahm, bestanden zuverlässig mindestens die Anfänge des civilen Notherbenrechts: also war die Veranlassung zu dem, was der Prätor contra tabulas bonorum possessio nennt, vollkommen vorhanden[3]. Auch nöthigt

b) Die vindiciae, nur Bedeutung habend für die streitenden Parteien, können auch bei der hereditatis petitio lediglich auf diejenigen zur Erbschaft gehörigen Dinge sich beziehen, welche gerade diese Parteien besitzen: dagegen ergreift die bonorum possessio alle zur Erbschaft überhaupt gehörigen Dinge, sie bringt das interd. Quorum bonorum schlechthin gegen einen Jeden, der res hereditariae entweder pro herede oder pro possessore besitzt.

2) Uebrigens glaube ich nicht (mit Francke, Notherbenrecht p. 122 und Leist, bonorum possessio II. p. 84), daß für diesen historischen Gang Fr. 1 p. § 6 de bonorum possessione contra tabulas den äußeren Beweis liefere. Ulpian spricht hier in dogmatischer Weise von dem vollständig entwickelten Recht seiner Zeit. Dieses ruft die liberi, und zwar, wie das Principium des Fragments sagt, einerlei wie sie das geworden sind, sei es durch Zeugung oder durch Adoption. [Daraus folgt keineswegs, wie man behauptet, daß Ulpian, wenn er sagt: In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, unter liberi blos die sui verstanden habe; denn wenn es auch vollkommen richtig, daß die adoptivi nach der emancipatio nicht mehr erbberechtiget sind, so ist es doch ebenso gewiß, daß sie nach der Emancipation nicht blos nicht mehr sui sondern auch nicht mehr liberi im prätorischen Sinne sind (vergl. Anmerkung 25); demnach steht der Auffassung des Wortes liberos bei Ulpian in seinem prätorischen Sinne nichts entgegen.] Der sechste Paragraph fügt hinzu: Et sui iuris factos liberos inducit in bonorum possessionem praetor; indem der Jurist ein Ding nach dem anderen bespricht, setzt er weiter auseinander, der Prätor habe auch die liberi sui iuris facti in diese bonorum possessio eingeführt, nicht aber sagt er, daß der Prätor diese liberi später eingeführt habe als die andern.

3) Nach dieser Auffassung ist auch die contra tabulas bonorum possessio lediglich adiuvandi iuris civilis causa entstanden. Uebrigens gehen die Ansichten unserer Schriftsteller über diesen, durch kein äußeres Zeugnis zu entscheidenden

uns Cicero durch die bekannten Mittheilungen in den Verrinischen Reden keineswegs zu dem Schluß, es habe damals noch keine solche bonorum possessio gegeben. Denn wenn auch daraus erhellt, daß zur Zeit des Redners die contra tabulas nicht, wie in der julianischen Ordnung, an der ersten Stelle des, von der Ertheilung der bonorum possessio handelnden Edikts gestanden: so steht doch der Annahme, daß jene am Schluß dieses Edikts verzeichnet war, nicht das Mindeste im Wege. Im Gegentheil ist das gerade für die damalige Zeit ihr vollkommen angemessener Platz; denn die Erbfolge aus dem Testament und die ab intestato bilden die allgemeine Regel:

Punkt begreiflicher Weise sehr auseinander. Am nächsten steht der Darstellung des Textes wohl Francke, p. 121, 122, der die contra tabulas b. p. als für die sui heredes und zwar damit diese in den Besitz der Erbschaft gelangen, entstanden ansieht. Schon wesentlich anders betrachtet Leist (II, 1. p. 151) die Sache; denn nach ihm wurde die c. t. b. p. zwar auch für einen Theil der sui heredes, aber nicht adiuvandi sondern corrigendi iuris civilis causa eingeführt, nämlich damit die suae und die nepotes sui die Macht erhielten, das Testament zu rescindiren. [Gegen diese Ansicht, wonach Kaiser Antoninus zu einem großen Theil wieder beseitiget haben würde, was der ursprüngliche Zweck dieser bonorum possessio gewesen, vergleiche auch *Hingst*, comment. de bonorum possessione p. 148.] Die herrschende Auffassung endlich geht dahin, dieselbe sei corrigendi iuris civilis causa für die emancipati geschaffen worden: so Savigny (vermischte Schriften II, 230), Mühlenbruch p. 5, Hingst p. 147. Man beruft sich hierfür namentlich auf *Ulp. XXVIII*, 2: Contra tabulas bonorum possessio datur liberis emancipatis testamento praeteritis, licet legitima non ad eos pertineat hereditas; aber Ulpian macht hier keine historische, auf die Vergangenheit bezügliche Bemerkung, sondern spricht vom praktischen Recht seiner Zeit. Er hat nicht die Absicht, die Gesammtheit der zur contra tabulas b. p. Berechtigten aufzuzählen, vielmehr hebt er ausschließlich den Punkt hervor, daß die emancipati lediglich prätorische Notherben sind. Ferner macht man geltend, die contra könne nicht für die sui eingeführt sein, weil das edictum de legatis praestandis ursprünglich alle contra tabulas bonorum possessores, also auch den suus als solchen mit umfaßt habe, was einer faktischen Ausschließung des suus von der bonorum possessio gleichkomme und wovon der letztere erst durch die Interpretation befreit worden sei. Aber es wird sich später zeigen, daß gerade die Wortfassung des genannten Edikts den suus filius und die Postumen niemals ergriff.

in der Erbfolge der sui gegen das Testament liegt eine, durch die Jurisprudenz herangebildete Ausnahme von der Regel, welche, wie alle Ausnahmen, sachgemäß der Regel nachfolgte[4].

Aber wenn das auch die ursprüngliche, lediglich dem Dienste des civile ius geweihte Bedeutung der contra tabulas bonorum possessio war, so blieb es doch keineswegs die einzige. Der große Schritt, welchen der Prätor in der Entwickelung des Notherbenrechts vorwärts that, bestand darin, daß er, Hand in Hand mit seiner korrektorischen Neugestaltung des Intestaterbrechts durch die Klasse unde liberi, die Zahl der Notherben nach einem neuen Prinzip vermehrte, auch die emancipati liberi in diesen bevorzugten Kreis aufnehmend (corrigendi iuris civilis causa). Auch dieser Fortschritt bestand meines Dafürhaltens schon zu Cicero's Zeit[5]. Einen vollständigen äußeren Beweis gibt es allerdings nicht[6]: dafür aber

4) Vergl. Anm. 6.

5) Obgleich schon Huschke in seiner gediegenen Recension von Fabricius Schrift über den Ursprung der bonorum possessio (Leipziger kritische Jahrbücher von 1839 p. 16 ff.) diese Ansicht mit schlagenden Gründen vertheidigte, so hat er doch bei seinen Nachfolgern so wenig Anklang gefunden, daß Hingst, p. 84, kein Bedenken trägt, dieselbe als einen error Huschkii maxime conspicuus zu bezeichnen. Die Meisten halten es eben für durch Fabricius bewiesen, daß die contra tabulas und die unde liberi bonorum possessiones gleichzeitige Schöpfungen des Kaisers Augustus seien.

6) Aber jedenfalls ist die vielbesprochene Stelle in Verrem I, cap. 44, 45 von großem Gewicht nach dieser Seite hin, obgleich gerade ihrer Fabricius als seiner Hauptstütze sich bedient. Sie zeigt, daß das damalige Edikt mit der bonorum possessio secundum tabulas begann; denn diese folgt sofort nach den einleitenten Worten si de hereditate ambigitur. Sie lehrt uns ferner, daß auf das Edikt über die secundum tabulas das über die, dem heres zu gewährende bonorum possessio intestati folgte: das ergibt sich aus § 117 in Verbindung mit § 114. Aber sie beweist keineswegs, daß mit dieser zweiten Klausel das Edikt über die Ertheilung der bonorum possessio zu Ende war. Im Gegentheil wissen wir mit Sicherheit, daß die suppletorische Klasse unde cognati schon damals bestand (*Cicero* pro Cluentio cap. 60 cfr. cap. 15, oratoriae partit. cap. 28). Ferner zeigen die in cap. 45 cit. erhaltenen Ediktsworte: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem [richtiger hereditatis possessionem] dabo, daß die Er-

spricht gebieterisch, wie mir scheint, die ganze Lage der Dinge. Das natürliche Band der Blutsverwandtschaft, welchem das römische Recht zu keiner Zeit die Anerkennung ganz versagt hat[7], war in der prätorischen Erbfolge entschieden zur Anerkennung gekommen durch die Klasse unde cognati[8]. Andererseits wissen wir gewiß, daß die emancipatio schon mehrere hundert Jahre vor Cicero in Uebung war[9]. Es ist ferner mindestens höchst wahrscheinlich, daß zu Cicero's Zeit die querela inofficiosi testamenti gegen das Testament des natürlichen Vaters sogar dem in adoptionem datus filius gegeben wurde[10] und unter dieser Voraussetzung selbstverständlich,

---

theilung der secundum tabulas b. p. in der Regel (so wird potissimum zu übertragen sein) erfolgen solle, also Ausnahmen zugelassen werden. Ebenso kehrt in der, in indirekter Rede cap. 44 referirten, nicht wörtlich genau gegebenen Klausel von der bonorum possessio intestati das potissimum wieder, ein Zeichen dafür, daß auch hier von der Ertheilung der bonorum possessio an den heres Ausnahmen gemacht werden sollten. Welche andere Ausnahmen können das füglich sein, als die in der b. p. contra tabulas und in der Intestatklasse unde liberi ausgesprochenen? Und so wird denn eine korrektorische, die b. p. unde liberi und contra tabulas zu Gunsten derselben Personen einführende Klausel den Schluß gebildet haben.

7) Vergl. Klenze, die Kognaten und Affinen, in Savigny's Zeitschrift VI, p. 1 ff.

8) Siehe Anm. 6.

9) Im Jahre 397 wird C. Licinius Stolo verurtheilt, weil er, um das von ihm selbst durchgesetzte agrarische Gesetz zu umgehen, seinen Sohn emancipirt hatte: Liv. VII, 16. Valerius Max. VIII, 6, 3. Die Emancipation war mithin ein damals schon vollkommen eingebürgertes Rechtsinstitut.

10) Darüber, ob die querela inofficiosi testamenti schon zu Cicero's Zeit existirte, sind die Stimmen allerdings getheilt. Wenn auch die gemeine Meinung dafür ist, so sprechen sich doch Andere, namentlich Bluntschli, p. 133 ff., dagegen aus. Daß in Verr. II, 1, 42 keinen vollständigen Beweis für die Existenz jener Klage darbiete, ist allerdings zuzugeben, dennoch aber ist sicher, daß hier die Umstoßung eines inofficiosum testamentum durch das Gericht als etwas innerlich Gerechtfertigtes hingestellt werde. Hauptsächlich unterstützend für die Meinung des Textes ist Val. Maxim. VII, 7, 2, wo in einem Fall aus der Zeit des Pompeius das Testament eines Vaters zu Gunsten seines in Adoption gegebenen Sohnes umgestoßen wird. Der ungenaue Referent bezeichnet die Form nicht, in welcher geholfen wird. Daß es eine bonorum possessio sei, ist

daß sie auch dem emancipatus zustand. Weiter ist es gewiß, daß es um dieselbe Zeit eine bonorum possessio contra tabulas gab, welche, lediglich auf der aequitas beruhend, dem civile ius widersprach: die des Patrons wider den Freigelassenen [11]. Es ist ferner so gut wie gewiß, daß die eben genannte bonorum possessio schon damals auch dem emancipatus filius patroni gewährt wurde [12]. Endlich bestehen in derselben Zeit mindestens zwei Institute, welche nach zweifellosen Quellenzeugnissen zunächst nach den Bedürfnissen der contra tabulas bonorum possessio eingerichtet waren [13]. Ist

---

wenig glaublich. Denn die contra tabulas b. p. wäre zu keiner Zeit hier anwendbar gewesen, die unde liberi aber, wie Schulting und Andere wollen, wäre in diesem Falle geradezu unerhört. Die ganze Darstellung weist darauf hin, daß hier die Macht der Centumvirn in Frage stand; gerade diese aber äußerte sich vorzugsweise in der, erst allmälig in feste Grenzen eingeschlossenen inofficiosi testamenti querela.

11) Diese bonorum possessio wurde eingeführt: a) nach 636, weil sie ein, von Rutilius, dem Prätor dieses Jahres, erlassenes Edikt ändert (Fr. 1 § 1 de bonis libertorum), b) vor 680, weil der Prätor Verres in diesem Jahre eine Fortbildung derselben vornimmt: in Verr. I, 48.

12) Die emancipirten Kinder des Patrons haben diese bonorum possessio: Fr. 2 § 2. Fr. 5 § 1. Fr. 12 § 7. Fr. 38 p. Fr. 39 p. de bonis libertorum. Fr. 9 p. de iure patronatus; sie haben dieselbe schon geraume Zeit vor der lex iulia et papia, weil sie durch dieses Gesetz auf die Kinder der patrona ausgedehnt wird: Gai. III, 53.

13) 1) Das edictum carbonianum existirte zur Zeit der sinkenden Republik: Fr. 9 de carb. ed. (Das nimmt sogar Fabricius p. 93 an, nach dem Vorgange von Förster p. 142.) Leist hat, unter Zustimmung von Hingst p. 158, darauf entgegnet, daß die carboniana bonorum possessio auch für die secundum tabulas, desgleichen für unde legitimi und unde cognati vorkomme: Fr. 3 p. Fr. 6 § 2. Das ist allerdings zuzugeben, aber zugleich darauf hinzuweisen, daß gerade nach Fr. 3 jenes Edikt für die bonorum p. contra tabulas und für die intestati der liberi ursprünglich berechnet ist, wie es denn auch bei der contra tabulas b. p. seine Stelle im Edikt erhielt: Carbonianum edictum aptatum est ad contra tabulas bonorum possessionem et intestati, quum et in secundum tabulas in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum. — 2) Auch das, die missio ventris nomine begründende Edikt fällt in dieselbe Zeit: Fr. 1 § 24 (Servius) § 28 (Labeo) de ventre in poss. mitt.: und offenbar hat dieses dieselben ursprünglichen Zusammenhänge, wie das vorige. — Dabei möge ge-

es nun im entferntesten wahrscheinlich, daß der emancipatus filius zwar die bonorum possessio contra tabulas gegenüber dem väterlichen Freigelassenen gehabt habe, nicht aber gegen den Vater selber [14]? Ist es wahrscheinlich, daß er gegen den Vater die querela inofficiosi testamenti früher erhalten habe als die contra tabulas bonorum possessio? Ist es endlich überhaupt denkbar, daß seit der Zulassung der emancipatio lange Jahrhunderte vergingen, bevor die Legislation zu der Einsicht gelangte, daß auch diese Kinder ein natürliches Anrecht auf die Hinterlassenschaft ihres Vaters haben, möge er nun ohne ein Testament gestorben sein oder mit einem solchen [15]?

Dieses prätorische Notherbenrecht schließt sich seiner Natur und seinem ganzen Wesen nach unmittelbar an das civile Notherbenrecht an. Dasselbe in dem Geiste eines freier entwickelten Familienbegriffs erweiternd, dem strengen und engen Begriff der agnatischen sui den milderen und freieren der kognatischen liberi substituirend, stellt der Prätor das Prinzip auf, es habe der Vater in seinem Testament ein Urtheil über seine liberi auszusprechen, entweder sie ehrend durch Erbeseinsetzung oder sie verurtheilend durch Exheredation.

Fragen wir zuvörderst nach dem Begriff dieser formell zu bedenkenden liberi, so ist davon auszugehen, daß, gleichwie die civilen Notherben mit der ersten Klasse der civilen Intestaterben identisch sind, ebenso der Prätor seine erste Intestatklasse zugleich zu formell berechtigten Notherben erhob [16].

---

legentlich hervorgehoben werden, daß derselbe Labeo schon die Anwendung der contra tabulas b. p. auf die in adoptionem dati instituti kennt, eine künstliche Weiterführung, welche schwerlich in die Zeit der allerersten Anfänge der contra tabulas b. p. zu stellen sein wird.

14) Denn die erste beruht auf dem Gedanken, daß das Recht des Vaters naturgemäß auf seine emancipirten Kinder ebenfalls übergehe.

15) Gewiß wird nicht Papinian der erste gewesen sein, der die Wahrheit erkannte, welche in den Worten von Fr. 7 § 1 si tabulae liegt: Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas; parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturae simul et parentum commune votum.

16) § 12 I. de hered., quae ab int. Fr. 1 § 5. 6 si tabulae. [Uebrigens

Darin sind zuerst die Notherben enthalten, wie das civile ius sie aufstellt; also die sui, die postumi und die postumorum loco [17].

Sodann umfaßt das Edikt, über das civile ius hinausgehend, die emancipati [18] liberi [19]. Dieser Schritt, so sehr er auch in dem Rechtsbewußtsein der Zeit, welche ihn that, begründet sein mochte,

ist die Fassung der letzten Stelle nicht ganz genau; denn Diejenigen, welche ab intestato in der Klasse unde liberi gerufen werden, sind nicht, wie hier gesagt wird, mit den zur contra tabulas bonorum possessio Berufenen völlig identisch, wohl aber sind sie es mit Denjenigen, die in dem väterlichen Testament nicht präterirt werden dürfen.] Ob die Einführung dieser beiden bonorum possessiones, wie namentlich Fabricius entschieden behauptet, gleichzeitig erfolgte, läßt sich nach dem Stande unserer Quellen nicht entscheiden; sicher ist nur, daß das Notherbenrecht der liberi nicht älter sein könne als ihr Intestaterbrecht.

17) Ulp. XXVIII, 3. § 3. 4 I. de exhered. lib. § 12 I. de hered., quae ab intestato. Fr. 1 p. — § 5. Fr. 3 § 4. Fr. 9. Fr. 13 § 3. Fr. 14 p. contra. Fr. 16 de legat. praest. Fr. 1 § 6 si tabulae.

18) § 3 *I. de exhered. liberorum:* Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes. Sed praetor omnes tam feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini vero et inter ceteros; quodsi neque heredes instituti fuerint neque ita ut diximus exheredati, promittit iis praetor contra tabulas testamenti bonorum possessionem. [Ganz entnommen aus dem lückenhaft erhaltenen Gai. II, 135.] § 9. 11. 12 I. de heredit., quae ab intestato. Fr. 1 § 6 de bonorum possessione contra tabulas.

19) Nach § 11 I. de hered., quae ab int. verlieren die emancipati civilrechtlich den gradus liberorum, während sie zufolge dem ius gentium liberi sind und bleiben [Minus ergo iuris habent adoptivi quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio praetoris gradum liberorum retinent, licet iure civili perdunt, adoptivi vero emancipati et iure civili perdunt gradum liberorum et a praetore non adiuvantur. Naturalia enim iura civilis ratio perimere non potest nec quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiaeve aut nepotes neptesve esse —]. Die emancipatio enthält zwar eine familiae mutatio im civilen Sinne, in welchem das Wort die in derselben patria potestas Vereinigten umfaßt, Fr. 195 § 2 de V. S., aber nicht in jenem natürlichen Sinne, wonach es die Blutsverwandten bezeichnet, wenn sie auch nicht Agnaten sind, Fr. 69 § 4 de legatis II. Fr. 195 § 4 de V. S. Der emancipatus gilt dem Prätor als dem Vater gegenüber nicht in aliena familia befindlich: Fr. 3 § 7. Fr. 21 § 1 de bonorum poss. contra tabulas.

enthielt immerhin eine ganz bedeutsame Abänderung des civile ius; denn das prätorische Erbrecht der emancipati ist eine Verletzung der civilen hereditas[20]. Es geschah, wie das Edikt bei dergleichen kühnen Neuerungen pflegte, in der juristischen Form der Fiktion. Das, was der Prätor thut, besteht in der Rescission der Emancipation; er verspricht die Sache so zu behandeln, wie wäre keine capitis deminutio erfolgt, also wie wenn die Betreffenden noch sui wären[21]. Darin liegt zugleich das Maß der ursprünglichen Begrenzung, wie sie sich namentlich in folgenden Momenten zeigt:

1) Weil der Prätor lediglich von den sui und von Denjenigen redet, welche sui sein würden ohne minima capitis deminutio, deshalb bezieht sich sein Edikt nur auf die cives, nicht auch auf die peregrini[22].

---

20) Das zeigt sich darin, *a*) daß die emancipirten Kinder die Macht erhalten, das civiliter zu Recht bestehende Testament praktisch zu beseitigen; *b*) daß sie, wenn civile Notherben vorhanden sind, diese in ihrem Recht beschränken; *c*) daß sie dieselben in einem Fall sogar ausschließen.

21) *Fr.* 6 § 1 *de bonorum possessionibus:* — Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. *Fr.* 5 § 1 *si tabulae testamenti:* Sed et si filium et nepotem ex eo pater emancipaverit, filius solus veniet ad bonorum possessionem, quamvis capitis deminutio per edictum nulli obstet. Fr. 3 § 5 de bonorum possess. contra tabulas. *Fr.* 6 § 2 *eod.:* Nepote quoque solo emancipato et avo mortuo, deinde patre eius, nepos praeteritus accipiet patris bonorum possessionem, quia suus heres esset futurus patri, si de potestate avi non exiisset. Von der bonorum possessio unde liberi redend: Gai. III, 26. Coll. XVI, 7 (Ulp.). C. 9 p. Th. C. de bon. proscr. 9, 42. Bei Ulp. XXVI, 8 werden die liberi so bezeichnet: — suus heres quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocantur.

22) Suus heres ist immer nur der civis; das Wesen der minima capitis deminutio besteht darin, daß sie salva civitate contingit. — Daß die bonorum possessio contra tabulas nur gegen das Testament eines civis gerichtet sei, ergibt sich mittelbar daraus, daß sie ein Testament voraussetzt, aus welchem secundum tabulas b. p. möglich ist: diese aber setzt die Civität des Erblassers voraus, Ulp. XXIII, 6. Gai. II, 147. § 6 I. quibus modis testam.

2) Aus demselben Grunde folgt, daß dieses Recht nur dem Testament des Vaters gegenüber bestehe, nicht aber dem der Mutter gegenüber; denn nur jener hat sui heredes [23].

3) Daraus ergibt sich ferner, daß uneheliche Kinder kein formelles Notherbenrecht haben [24].

4) Weiter folgt daraus, daß nur die vom Sohn, nicht auch die von der Tochter herrührenden Enkel hierher gehören können.

5) Weil nach prätorischer Anschauung nur Diejenigen formell zu berücksichtigen sind, welche im prätorischen Sinn zu den liberi des Erblassers gehören: deshalb ist, wer lediglich durch Adoption suus des Testators geworden, nicht mehr berechtiget nach erfolgter Emancipation; denn mit diesem Akt aus dem Kreis der liberi ausscheidend, wird er seinem bisherigen Adoptivvater gegenüber wieder, was er vor der Adoption gewesen, einfach ein extraneus [25].

6) Eben deshalb gehört der emancipatus, welcher sich arrogiren ließ, der Regel nach nicht hierher [26]; denn wer überhaupt sich in einer Adoptivfamilie befindet, sei es durch arrogatio oder durch datio in adoptionem, der steht seinem natürlichen Vater gegenüber in aliena familia, ist nicht mehr liberorum, sondern extraneorum numero [27]. Ganz konsequenter Weise behält dagegen der Eman-

---

23) Fr. 4 § 2 contra. Fr. 13 de suis. Gai. III, 71. § 7 I. de exhered. liber.

24) Und zwar deshalb, weil sie weder in väterlicher Gewalt stehen noch überhaupt rechtlich einen Vater haben.

25) Die durch Adoption erworbenen Rechte gehen verloren durch Emancipation: Fr. 3 § 2 contra. Fr. 1 § 6 unde liberi. Fr. 6 de coniungendis; solche emancipati sind weder nach civilem noch nach prätorischem Rechte liberi des früheren Adoptivvaters: *Gai. II*, 136 — emancipati vero a patre adoptivo neque iure civili neque quod ad edictum praetoris pertinet, inter liberos numerantur. § 4 I. de exhered. lib.; vielmehr sind sie extranei: § 11. 12 I. de hered., quae ab intest.

26) Ulp. XXVIII, 3. § 10. 12 I. de hered., quae ab int. Fr. 3 § 6. Fr. 6 § 4 contra.

27) Fr. 3 § 8. Fr. 21 § 1 de bonorum poss. contra tabulas. Gai. II, 137. § 4 I. de exhered. lib.

cipirte auch nach erfolgter Arrogation dann seine alte Stellung zum Vater, wenn er durch jene nicht in eine, dem Vater fremde Familie gelangte[28]. Und es ist ebenfalls in der Ordnung, daß das in fremde Familie gelangte Kind in Bezug auf das Testament seines natürlichen Vaters dann wiederum formelle Ansprüche hat, wenn es in dem entscheidenden Moment der Delation aus jener fremden Familie wieder ausgeschieden ist[29].

So die Anfänge des nach prätorischer Art auf den dringendsten Fall sich beschränkenden Edikts. Allein die Interpretation geht auch hier im Geist jener Anfänge über die ursprünglichen Grenzen hinaus, und zwar namentlich in folgenden Punkten:

1) Das Edikt sprach von dem Ausscheiden durch Emancipation. Sollte auf dieser Form das Gewicht in der Art liegen, daß Ausscheidung in einer anderen das gleiche Recht nicht gewährte? Aber es handelt sich nicht um jene, sondern um das natürliche Band zwischen Vater und Kind. Jede andere Form daher, sofern sie nur für den Augenblick der Delation die Kindesqualität nicht getilget hatte, mußte von der Interpretation als gleiches Recht nach sich ziehend behandelt werden: und das sagt denn auch **Ulpian** geradezu[30]. Zwar hat man diesen Ausspruch für ein Emblem erklären wollen, behauptend, daß es zu **Ulpian's** Zeit gar keinen Fall dieser Art gegeben

---

28) Wenn der paterfamilias seinem emancipirten Sohn den von diesem herrührenden Enkel, oder wenn der emancipirte Sohn sein Kind seinem Vater in Adoption gibt, so bleiben nach prätorischer Anschauung alle in derselben Familie: Fr. 3 § 7. 8 de b. p. contra tabulas.

29) Es ist allgemeiner Grundsatz: adoptio tam diu nocet quam diu durat: Fr. 6 § 4 de b. p. contra tabulas. Fr. 4 si tabulae. Nicht der Tod des Adoptivvaters löst von der Adoptivfamilie, wohl aber die Emancipation: Fr. 9 de b. p. contra tabulas. Wer in dem Augenblick der Delation, also des Todes des natürlichen Vaters, aus der Adoptivfamilie ausgeschieden ist, dem wird die contra tabulas b. p. geradeso deferirt, wie hätte er sich niemals in fremder Familie befunden: Gai. II, 137. § 10. 12 I. de hered., quae ab int.

30) *Fr.* 1 § 6 *de b. p. contra tab.:* Et sui iuris factos liberos inducit in bonorum possessionem praetor. Sive igitur emancipati sunt sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad bonorum possessionem.

habe[31]. Wenn aber auch immerhin die von der virgo vestalis und dem flamen dialis entlehnten Beispiele zweifelhafter Natur sein mögen[32], so scheint es mir dennoch an sicheren Fällen nicht zu fehlen. Dahin gehört es, wenn der Vater seine Tochter in die manus ihres Ehemannes, desgleichen wenn er sein Kind in Adoption hingab, diese Kinder aber vor seinem Tod aus der fremden Familie wieder ausgeschieden waren: denn sie sind aus der Gewalt ihres natürlichen Vaters herausgetreten, ohne von demselben emancipirt worden zu sein[33].

2) Das Edikt gedenkt nur derjenigen liberi, welche früher sui heredes des zu Beerbenden gewesen. Aber es lag offenbar nicht in seinem Sinn und Geist, die andern auszuschließen, welche, obgleich bei des Vaters Tod cives gleich diesem, seiner Gewalt niemals unterwürfig waren: daher läßt die Interpretation auch diese zu[34]. Die wichtigsten, ausdrücklich besprochenen Fälle dieser Art sind:

a) Die Kinder, welche mit ihrem Vater zugleich die Civität geschenkt erhalten, kommen dadurch regelmäßig nicht zugleich in die

---

31) Förster p. 181.

32) Daß diese ohne emancipatio und ohne capitis deminutio unmittelbar mit der captio und inauguratio aus der patria potestas ausschieden, ist allerdings sicher: Gell. I, 12 § 9. Gai. III, 114. Allein unsicher ist es, ob sie überhaupt zur bonorum possessio zugelassen wurden. Denn wenn die Worte Labeo's bei Gell. I, 12 § 18 auch weder für den flamen dialis noch auch rücksichtlich der virgo vestalis von der bonorum possessio reden (Francke p. 124): so läßt sich doch, wo uns unbekannte religiöse Gründe obwalten, aus diesem gelegentlichen Schweigen überhaupt kein Schluß ziehen, weder für das Eine noch für das Andere.

33) Es ist daher nicht nöthig, als erste Fälle dieser Art Bestimmungen Justinian's zu bezeichnen: § 4 I. quibus modis ius patriae pot. C. ult. de cons. C. 2 de infant. expos. C. 6 de spect. Nov. 12 c. 2. Nov. 81.

34) Das Prinzip spricht aus Pomponius in *Fr.* 5 § 1 *si tabulae:* Quin etiam ii quoque, qui in potestate nunquam fuerunt nec sui heredis locum obtinuerunt, vocantur ad bonorum possessionem parentum.

römische patria potestas desselben[35]: aber sie erhalten die bonorum possessio gegenüber dem Vater[36].

b) Die von dem Großvater emancipirten Enkel gegen ihren, erst durch des Großvaters Tod sui iuris gewordenen Vater[37].

c) Die in der Gewalt des Großvaters gebliebenen Enkel gegen ihren, aus dieser Gewalt entlassenen Vater[38].

d) Die dem Emancipirten nach der Emancipation geborenen Kinder gegen den väterlichen Großvater[39].

e) Die von ihrem Vater emancipirten Kinder des emancipirten Sohns gegen ihren väterlichen Großvater[40].

---

35) Gai. I, 93. 94. Plin. X, 6.

36) Coll. XVI, 7 § 2.

37) Fr. 6 § 2 de bonorum poss. contra tabulas.

38) Der einfachste Fall liegt vor, wenn der Vater unmittelbar emancipirt wurde; aber das Gleiche gilt natürlich auch dann, wenn jener in Adoption gegeben, von seinem Adoptivvater emancipirt worden war: Fr. 7. Fr. 21 h. tit. Fr. 5 § 1. Fr. 6 si tabulae. — Die ursprüngliche Form, in der diese Ausdehnung zu erfolgen hat, ist hier wie in den andern Fällen, das Dekret: Fr. 4 de coniung. Das Dekret hat gegenüber dem von der Ertheilung der bonorum possessio redenden Edikt etwa dieselbe Bedeutung, welche den gewöhnlichen Klagen gegenüber die utilis actio hat.

39) Fr. 3 p. Fr. 6 p. h. tit. Cfr. Fr. 5 § 1 si tabulae. Auch die Kinder aus einer, von dem emancipirten Sohne nach der Emancipation wider den Willen seines Vaters geschlossenen Ehe; denn wenn auch die, wider den Willen des paterfamilias vom Haussohn eingegangene rechtlich ungültig ist (Paul. II, 19, 1. Fr. 2 de ritu nuptiarum. Fr. 11 de statu hominum), so ist dagegen die nach der Entlassung aus der Gewalt in dieser Art geschlossene gültig (Fr. 25 de ritu nupt.) und jene Fiktion, durch welche die in der emancipatio liegende capitis deminutio bei der contra tabulas b. p. rescindirt wird, gilt nur zum Vortheil des Betreffenden, nicht auch zu seinem Nachtheil: *Fr.* 3 § 5: quum rescissio quo magis admittantur, non quo minus, adhibeatur.

40) Fr. 14 § 1 h. tit. Die Form, welche Afrikanus hier befürwortet, ist das Dekret des Prätors. Dagegen erklärt sich Förster p. 197, das Dekret auf den andern, von dem Juristen daneben besprochenen Fall beschränkend. Das ist jedoch weder sprachlich zu billigen [et contra patris et contra avi tabulas ex decreto hunc admitti; die Worte ex decreto können allenfalls lediglich auf contra avi tabulas bezogen werden, aber auf diese gehen sie jedenfalls] noch sach-

f) Die dem in adoptionem datus nach der Adoption geborenen und emancipirten Kinder gegen ihren natürlichen väterlichen Großvater[41].

3) Das Edikt läßt das nicht in der Gewalt seines natürlichen Vaters befindliche Kind nur dann zur Erbschaft desselben, wenn es nicht in eine fremde Familie eingetreten ist: wie aber, wenn der Vater in eine fremde Familie sich begab ohne das Kind, also namentlich wenn er sich arrogiren ließ, nachdem er sein Kind emancipirt hatte? Die eine Meinung beharrte dabei, daß, da beide, Vater und Kind, in verschiedenen Familien sich befinden, das letztere zur bonorum possessio nicht zuzulassen sei; so Julian[42]. Dagegen argumentirten andere, und zwar die mit ihrer Ansicht durchdringenden Juristen folgendermaßen. Jener Grund ist nur da innerlich zutreffend, wo durch die Adoption das Kind in eine fremde Familie gelangte, denn hier ist dasselbe mit seinen Erbansprüchen eben an diese gewiesen: dagegen in dem Fall, wo der Vater, welcher sein Kind emancipirt hat, sich in Adoption begibt, führt das Festhalten an diesem Prinzip zu dem Resultat, daß das Kind aller Erbansprüche ledig gehen kann; es liegt daher im Geiste des von der aequitas beherrschten Rechts, jenes in diesem Fall gegen seinen natürlichen Vater als Erben zuzulassen: so Afrikanus, Marcellus, Ulpianus[43]. Endlich scheint Ulpian das Kind gegen seinen, in

---

lich; denn es begreift sich, daß die Jurisprudenz da bedenklich war, wo es galt, nicht blos eine capitis deminutio, sondern deren zwei zu beseitigen.

41) Dabei ist es gleichgültig, ob die emancipatio von dem natürlichen Vater selber vorgenommen wurde, nachdem derselbe selbstständig geworden (Fr. 14 § 1 h. t. Afric.), oder ob sie ein Rechtsakt Desjenigen ist, der den Vater adoptirte (Fr. 6 § 4 h. t. Paul., von beiden Fällen redend). Auch hier verlangt Afrikanus ein Dekret; offenbar weil die einfache, vom Edikt vorgeschriebene rescissio capitis deminutionis nicht zureicht, denn auf Grund dieser wäre das Kind seinem natürlichen Großvater gegenüber in aliena familia.

42) Fr. 17 h. tit.

43) Fr. 14 § 1. Fr. 17 h. tit. Dabei empfiehlt Afrikanus den formellen Weg des Dekrets, während Marcellus und Ulpianus, ähnlich wie in den Fällen der Note 41, desselben nicht gedenken. Aus dieser Nichterwähnung

eine fremde Familie gekommenen natürlichen Vater schlechthin zuzulassen, also auch da, wo, während Vater und Sohn in der Gewalt des Großvaters stehen, lediglich der Vater von dem Großvater in Adoption gegeben wird[44].

Auf diesem eben auseinander gesetzten Wege der allmäligen Entwickelung kam demnach die Wissenschaft zu folgendem einfachen Resultat:

> Welcher römische Bürger testirt, der ist verpflichtet, in seinem Testament ein Urtheil auszusprechen über alle Diejenigen, welche, ebenfalls cives, rechtlich als seine Kinder gelten, desgleichen über die Andern, welche lediglich deshalb nicht als solche betrachtet werden, weil er selber in eine fremde Familie eintrat.

Das sind in dem entwickelten Recht die Personen, deren formelle Berücksichtigung im Testament nach prätorischem Recht überhaupt nothwendig sein kann. Welche von ihnen im einzelnen Fall wirklich zu berücksichtigen seien, darüber entscheidet — da hier von Ungültigkeit des Testaments keine Rede ist — zweifellos der Augenblick des Todes des Erblassers. Auch hier ist, wie bei der ersten Klasse der prätorischen Intestatfolge, das Muster des civile ius maßgebend.

---

folgt allerdings keineswegs mit Nothwendigkeit, daß diese Juristen das Dekret nicht verlangen (möglich, daß sie sich nur nicht veranlaßt sahen, diesen Punkt hervorzuheben), freilich aber auch ebenso wenig das Gegentheil. Die Frage, ob ein Dekret zu erbitten sei oder nicht, ist offenbar in vielen Fällen mehr eine der Vorsicht als der Nothwendigkeit: wenn der freiere Rechtssatz in das Bewußtsein der Wissenschaft eingedrungen ist, wird es für den verständigen Richter des Dekrets nicht mehr bedürfen. Stand es doch mit der Ertheilung von utilia interdicta und utiles actiones ganz ähnlich.

44) *Fr.* 3 § 9 *h. tit.:* Si pater alienius pervenerit in adoptivam familiam, filius non, an patris sui in adoptiva familia mortui bonorum possessionem accipere possit? Et arbitror, humaniorem esse hanc sententiam, ut filius hic, quamvis non sit in eadem familia, in qua pater, ad bonorum possessionem tamen eius admittatur. Diese Worte umfassen offenbar auch den Fall des Textes und es fehlt an jedem inneren Grund für eine beschränkende Erklärung. Uebrigens hat die Frage seit Justinian's C. 10 de adoptionibus nur noch geringe Bedeutung.

Diejenigen liberi sind die in dem Testament formell zu berücksichtigenden Notherben, welche in dem angegebenen Zeitpunkt sui heredes des Testators sind oder sein würden, stünden sie in seiner Gewalt, also die prätorischen Intestaterben, welche die Klasse unde liberi beruft[45]. Demnach sind für die einzelnen Descendentenstämme lediglich die dem Grad nach nächsten Kinder zu berücksichtigen[46], einerlei ob sie emancipirt sind oder in der patria potestas des Erblassers sich befinden. Hieraus ergab sich, daß nach der ursprünglichen prätorischen Anschauung in einem Fall sogar nur der prätorische Notherbe zu bedenken war, nicht auch der suus heres; der emancipatus filius schloß nämlich ebensowohl gegen das Testament als ab intestato den von ihm abstammenden nepos suus heres aus[47]. Dem trat jedoch das Edikt noch in dem letzten Augenblick seiner selbstständigen Entwickelung entgegen; denn Julian fügte demselben den Satz hinzu, daß der emancipirte Vater nicht mehr mit Ausschluß seiner,

45) *Fr.* 1 § 1 *h. tit.:* Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili. *Fr.* 8 § 14 *eod. tit.:* — Praetori enim propositum est, quum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset — — *Fr.* 11 § 1 *eod. tit.:* Exemplo iuris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur. Igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt. Schol. Bas. 40, 3, 10. Cfr. Fr. 25 p. de legatis praestandis. Für die Identität der nach prätorischem Recht formell zu Berücksichtigenden mit der ersten prätorischen Intestatklasse vergl. Anm. 16.

46) Fr. 3 § 1. Fr. 13 § 1. 3 h. tit. Wenn ein in adoptiva familia Befindlicher emancipirte Kinder hat, so sind diese ihrem Großvater gegenüber die nächsten liberi ihres Stammes: Fr. 14 § 1. Fr. 6 § 4 h. tit. Francke p. 127; Mühlenbruch p. 63. 64.

47) Die Meinung Förster's p. 268, der Prätor habe demjenigen nepos suus heres, welcher von seinem civilen ius accrescendi Gebrauch machen wollte, dasselbe zu keiner Zeit versagen können, beruht auf einer unrichtigen Vorstellung von Beidem, der Macht des Prätors und der Macht der Suität. Wenn der Prätor überhaupt irgend einen heres durch die bonorum possessio beseitigen kann, so kann er das auch in Bezug auf den suus heres; denn dieser hat kein anderes Recht als jeder andere heres, der die Erbschaft angetreten. Man hat daher auch ziemlich allgemein die Förster'sche Auffassung verworfen.

in der Gewalt ihres Großvaters gebliebenen Kinder, sondern zugleich mit diesen zur Stammesquote gerufen werden und daß er dieselbe mit jenen hälftig theilen solle[48]. Der Grund für diese Neuerung wird nicht in einer antiquarischen Liebhaberei für die Agnaten[49], sondern in der Erwägung gelegen haben, daß es unangemessen sei, diese Enkel durch den Tod ihres Großvaters zu homines sui iuris werden zu lassen ohne das geringste eigene Vermögen[50].

Wenden wir uns nun zu der Form, worauf die gedachten Personen Anspruch haben, so ist davon auszugehen, daß auch nach prätorischer Auffassung derselben lediglich im Testament, nicht aber im Codizill genügt werden könne[51]. Nur in dem Punkte besteht begreiflicherweise ein Unterschied, daß nicht die Einhaltung der civilen Testamentserfordernisse verlangt wird, daß vielmehr dem Prätor jedweder letzte Wille genügt, den er nach den Aufstellungen seines Edikts als ein Testament gelten läßt[52]. Für die Art und Weise nun, in

48) Fr. 1 p. Fr. 3 de coniung. Fr. 5 p. si tabulae. Die Konjunktion tritt ein, mag der Vater präterirt oder instituirt sein: Fr. 1 § 2 de coniung. Fr. 12 § 2 de bonorum poss. contra tab. Alle sui stehen hier, sofern sie nur rechtlich als Descendenten des filius emancipatus gelten: Fr. 1 § 6. 7 de coniung. Fr. 1 § 7 contra.

49) Das meint Hingst p. 164.

50) Wenn ein Haussohn emancipirt wurde, so pflegte der Emancipirende für die ökonomische Lage jenes Sorge zu tragen. Eine ähnliche, unmittelbar durch den Staat zu übende Sorge lag in vorliegendem Fall im öffentlichen Interesse. Vergl. Fr. 14 § 1. Fr. 17 contra.

51) Abschn. I. Anm. 133. Auch nach prätorischen Grundsätzen kann keine Institution in einem Codizill stehen; die Exheredation aber folgt diesem Muster.

52) Daraus folgt, daß die blos prätorischen Notherben durch Enterbung in einem lediglich prätorischen Testament von Anfang an gültig entfernt werden konnten; jene erhielten, die Beobachtung der Exheredationsform vorausgesetzt, weder die bonorum possessio contra tabulas, noch die intestati (vergl. Fabricius p. 124). Anders stand jedoch die Sache gegenüber dem civilen Notherben. Da nämlich die bonorum possessio secundum tabulas anfänglich sine re war, also gegen die hereditatis petitio des heres keinen Schutz gewährte, so folgt, daß auch dem darin enterbten suus heres jene hereditatis petitio ab intestato wirksam zustand. Das aber hat Kaiser Antoninus geändert; denn er gibt dem, in einem solchen Testament eingesetzten prätorischen Erben die exceptio doli gegen die he-

welcher das väterliche Urtheil im Testament auszusprechen ist, schloß sich der Prätor im Allgemeinen unmittelbar an das an, was er von dem civile ius entwickelt vorfand und namentlich ging er keineswegs darauf aus, jene formellen Ansprüche zu ermäßigen. Demgemäß sind hier nur diejenigen Punkte zu erörtern, in welchen das Edikt Abweichungen aufzuweisen hat.

Was zuvörderst die Einsetzung des Notherben betrifft, so ist klar, daß auch für das prätorische Recht der Gesichtspunkt des honor habitus maßgebend sei[53]. Von den civilen Anforderungen entfernt sich der Prätor hier nur in einem Punkte[54], nämlich rücksichtlich der

---

reditatis petitio eines jeden Intestaterben, also auch gegen die des exheredirten suus heres: Gai. II, 119, 120. Daß von dieser Unterscheidung im justinianischen Gesetzbuche nichts sich findet, ist ganz in der Ordnung.

53) Das ist insbesondere aus dem Umstande ersichtlich, daß die Einsetzung eines, dem Notherben gehörigen Sklaven auch dem Prätor nicht genügt: Fr. 3 § 15 de b. p. contra tabulas; auch der Prätor huldiget dem in Fr. 3 § 2 de legatis praestandis bei Gelegenheit dieses Edikts ausgesprochenen Grundsatz: non enim quaerimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus sit.

54) Was die Frage anlangt, ob nach prätorischer Auffassung die Zuwendung eines Universalfideikommisses genüge (oder, wie nach civile ius, heredis institutio nothwendig sei), so spricht das in der vorhergehenden Anmerkung Erörterte im Allgemeinen dagegen und Julian thut es noch im Besondern, wenn er in Fr. 27 § 12 ad SC. Trebellianum sagt: Qui rogatus est emancipato filio restituere hereditatem, cogi debet adire et restituere, quamvis filius contra tabulas bonorum possessionem accipere possit. Da, wo der Vater das Kind zu dessen eigenem Besten (bona mente) von der hereditas fern halten und mit einem Universalfideikommiß bedenken will, finden wir als regelmäßig eingehaltene Form die Exheredation mit Hinzufügung des Fideikommisses: Fr. 12 § 2 de bonis libertorum. Fr. 16 § 2 de curatoribus furioso. Einmal verweigert dagegen Pomponius dem Präterirten die contra tabulas b. p., weil die Präterition bona mente erfolgt und jenem die fideicommissaria hereditas zugewendet war; *Fr. 16 de b. p. contra tabulas:* Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset, si suspectus avus sit quasi consumturus bona nepotis, non esse dandam bonorum possessionem. Es fragt sich, ist darin die allgemeine Regel zu erkennen, daß auch die blose Präterition dann genüge, wenn sie bona mente erfolgt sei [so die gemeine Meinung: Mühlenbruch 37 p. 422 ff. und die p. 75 Citirten, Arndts im Rechtslexikon III p. 901] oder lediglich eine Aus-

der Institution beigegebenen Suspensivbedingung. Während, wie wir oben gesehen, in dieser Beziehung das civile ius keineswegs alle seine Notherben gleichmäßig behandelte, nach demselben vielmehr die Hinzufügung einer solchen Bedingung bei den einen vollkommen zulässig, bei den andern vollkommen unzulässig war: finden wir dagegen, daß der Prätor seinen Notherben insgesammt eine und dieselbe Behandlung angedeihen läßt. Der einfache prätorische Grundsatz ist: die Einsetzung unter einer Suspensivbedingung ist an und für sich selber in keinem Falle Präterition[55]; der entscheidende

nahme für einen besondern Fall? Francke p. 430 schlägt den letzten Weg ein; er meint, der Grund der Entscheidung liege darin, daß dem verschwendenden Großvater nicht erworben werden solle, und es werde daher dem für sich selber erwerbenden Notherben die bonorum possessio nicht versagt werden [vergl. dagegen Mühlenbruch a. a. O.]. Auch ich glaube, daß es sich nur um eine Ausnahme handeln könne; denn es wäre in der That unerhört, wenn Jemand eines ihm zuständigen, formellen Rechts verlustig gehen sollte, lediglich der guten Absicht Desjenigen wegen, der es verletzt und noch dazu in einem Falle, wo dem Testator ein formengerechtes Mittel zur Realisirung seines Willens zur Hand ist. Nach meiner Ansicht steht die Sache folgendermaßen. Der in der Gewalt seines Großvaters Stehende hat gegen seinen emancipirten Vater ediktmäßig gar kein formelles Notherbenrecht, die Jurisprudenz aber empfiehlt aus Gründen der aequitas eine Ausdehnung auf ihn im einzelnen Falle durch Dekret. Nun wird seinerseits Pomponius davon ausgegangen sein, daß es unter den vorliegenden Umständen gerade die aequitas sei, welche eine solche Ausdehnung untersage.

55) Fr. 3 § 11—14. Fr. 18 p. de b. p. contra tabulas. Fr. 2 § 1 de bonorum possessione secundum tabulas. — Die Einsetzung unter einer unmöglichen Bedingung gilt nach civile ius für Präterition: hat diesen Satz der Prätor ebenfalls anerkannt oder betrachtet er, gemäß der allgemeinen Regel des Erbrechts, eine solche Bedingung auch in dem vorliegenden Falle als nicht vorhanden? Die herrschende Meinung erklärt sich für das Letztere (Förster p. 287, Vangerow p. 271): und ich halte das für innerlich und äußerlich begründet; denn Fr. 2 § 1 cit. spricht dem Eingesetzten die secundum tabulas b. p. zu „qualisqualis conditio sit" und Fr. 18 cit. spricht ihm ebenso allgemein die contra tabulas b. p. ab. — Was die civilen Notherben betrifft, so werden dieselben von dieser secundum tabulas b. p. freilich nur dann Gebrauch machen, wenn ihnen das civile ius größere Vortheile nicht gewährt. So ist es bei dem filius suus und dem postumus, *a)* wenn er unter einer Potestativbedingung, *b)* wenn er unter einer kasuellen Bedingung mit Enterbung für den umgekehrten Fall,

Moment aber ist der der Delation. Wenn in diesem die kasuelle Suspensivbedingung deficirt ist, so fehlt die Institution und es ist demnach der Betreffende, sofern er nicht für den umgekehrten Fall exheredirt wurde, präterirt[56]. Dafern dagegen die Bedingung zu dem angegebenen Zeitpunkte schwebt, so kann der instituirte Notherbe lediglich die secundum tabulas bonorum possessio beanspruchen, gleich einem jeden anderen, bedingt eingesetzten Erben[57]. Wenn endlich nach Gewährung dieser secundum tabulas b. p. in Folge der nachträglichen Deficienz der Bedingung der Eingesetzte als präterirt erscheint[58], so behandelt nunmehr der Prätor den auf Grund

c) wenn er unter einer kasuellen Bedingung ohne Enterbung für den umgekehrten Fall aber auf mehr eingesetzt ist, als den Betrag seines Intestaterbtheils. Dagegen die filia sua und die nepotes sui haben, weil ihre bedingte Einsetzung dem civile ius in jedem Fall genügt, gar keinen Grund, dieser secundum tabulas b. p. zu entsagen.

56) Fr. 3 § 12 de b. p. contra tabulas. Enterbung für den umgekehrten Fall beseitiget auch nach prätorischer Auffassung die Präterition: Fr. 20 § 4 de bonis libertorum.

57) Fr. 3 § 11. 13. 14 (von der kasuellen Bedingung redend). Fr. 18 p. de b. p. contra tabulas (Fr. 18 sagt nur, der sub conditione Eingesetzte habe nicht die contra tabulas b. p.). Fr. 2 § 1. Fr. 5 p. de b. p. secundum tabulas. Auch wenn das Kind unter einer Potestativbedingung eingesetzt ist, hat es diese secundum tabulas bonorum possessio: Fr. 2 § 1 „qualisqualis conditio sit." Zwar behaupten Einzelne (Puchta, Pandekten § 475), es sei hier diese vorläufige bonorum possessio zu versagen und überhaupt erst nach Erfüllung der Bedingung der Einweisung in den Besitz Statt zu geben: aber die Stelle, worauf man sich beruft, Fr. 23 § 1 de hered. instit., sagt das nicht entfernt und so hat der Urheber dieser Ansicht dieselbe mit Recht selbst wieder zurückgenommen: Arndts im Rechtslexikon III p. 931.

58) Auch nach prätorischer Auffassung ist hier zu unterscheiden: a) ist der Notherbe unter einer kasuellen Bedingung eingesetzt, so gilt er, sobald dieselbe deficirt, für präterirt, es sei denn für den Fall dieser Deficienz eine Exheredation hinzugefügt; b) ist dagegen die der Einsetzung beigegebene Bedingung rein potestativer Natur, so gilt, wenn sie deficirt, der Notherbe stets, also auch ohne Enterbung für den umgekehrten Fall, nicht als präterirt, sondern als einer, der nicht Erbe sein wollte: Fr. 20 § 4 de bonis libertorum.

jener secundum tabulas b. p. vorläufig Besitzenden gerade so, wie hätte er die contra tabulas bonorum possessio agnoscirt[59].

Auch für die exheredatio folgte der Prätor im Allgemeinen

---

59) Fr. 3 § 12. 13. 14 de b. p. contra tabulas. Fr. 2 § 1 de b. p. secundum tabulas. [Dasselbe sagt auch Fr. 5 p. eod., bietet aber im Uebrigen eine Schwierigkeit: Si sub conditione heres quis institutus sit et accepta bonorum possessione secundum tabulas conditio defecerit, interdum evenit, ut res possessori concedenda sit, utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus; nam si defecerit conditio, attamen secundum tabulas bonorum possessionem eum accipere Iulianus scribit. Sed et si is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit; et hoc iure utimur. Hiernach soll der sub conditione institutus die secundum tabulas b. p. selbst dann erhalten, wenn zur Zeit seiner Bitte die Bedingung schon deficirt war: aber das ist in klarem Widerspruch mit Fr. 3 § 12 contra und an sich unglaublich. Am leichtesten wird Uhrig p. 19 mit der Sache fertig, er sieht keine Schwierigkeit, weil er accipere durch „behalten" überträgt; Francke p. 131 nimmt an, es sei eine ganze Zeile ausgefallen und will etwa lesen: nam si defecerit conditio, *quasi contra tabulas bonorum possessione petita tuendus erit a praetore;* attamen secundum tabulas etc.; Andere wollen lesen attamen *contra* tabulas bonorum possessionem eum accipere. Die Verderbtheit des Textes ist ebenso klar wie der vorzutragende Rechtssatz. Entweder will Ulpian sagen, der secundum tabulas bonorum possessor behalte den Besitz, weil sich nachträglich herausgestellt, daß ihm die contra tabulas b. possessio gebühre: dann ist statt secundum *contra* zu lesen. Oder es wird für den allgemeinen Satz, daß zuweilen dem bonorum possessor secundum tabulas auch nach der Deficienz der Bedingung die Erbschaft verbleibe, ein besonderes, auf die Auktorität von Julian gegründetes Beispiel hinzugefügt: dann wäre statt accipere etwa retinere zu lesen. Der Schluß der Stelle bezieht sich nicht mehr auf das Notherbenrecht, sondern, wie sich aus § 1 klar ergibt und man ziemlich allgemein annimmt (*Cuiacius* ad Fr. 2 § 1 secundum, Hingst p. 214), auf das gewöhnliche Intestaterbrecht; vielleicht ist statt Sed et si is fuerit zu lesen Sed quisquis is fuerit.] Danach wird auch die Frage zu entscheiden sein, wann der unter einer Bedingung eingesetzte, die vorläufige secundum tabulas b. possessio erhaltende Notherbe die prätorische Kaution zu leisten habe. Dann nämlich ist er schlechthin dazu verpflichtet, wenn er deficiente conditione als nicht präterirt anzusehen ist, also die Erbschaft auch nicht behält; wenn er dagegen bei Deficienz der Bedingung als präterirt zu betrachten ist, so ist er nur in dem einen Fall kautionspflichtig, daß er durch die contra tabulas bonorum possessio weniger zu erhalten hat als seine Institutionsportion beträgt.

dem Muster des civile ius[60]. Die einzige Veränderung, von welcher wir mit Sicherheit wissen, daß sie vom Prätor ausging, ist eine Verschärfung dieser Form. Während nämlich das Civilrecht das Requisit des nominatim exheredare in Bezug auf die bei Errichtung des Testaments vorhandenen Kinder lediglich für den Sohn aufgestellt hatte, verlangte der Prätor, wie schon früher auszuführen war[61], die Beobachtung dieser Form gegenüber allen männlichen Notherben überhaupt, also nicht blos für den Sohn, sei er suus oder emancipatus, sondern auch für den Enkel.

So viel von der Form. Wenn eine Nichtbeobachtung dieser, also die Präterition einer, zu den prätorischen Notherben gehörigen Person vorliegt, welche sind die Folgen? Die Antwort lautet: der Prätor gibt die bonorum possessio contra tabulas testamenti. Die Natur dieser ist nunmehr zu entwickeln.

Wie der Name besagt, ist die bonorum possessio gegen das

---

60) Der Prätor hält sich an das Herkommen: *Fr.* 8 § 2 *h. tit.:* Non quaevis exheredatio summovet filium a contra tabulas bonorum possessione, sed quae rite facta est. Besondere Zeugnisse der Uebereinstimmung im Einzelnen haben wir namentlich für das Requisit der exheredatio ab omnibus heredibus: Fr. 8 § 3; für das der exheredatio ab omnibus gradibus: Fr. 8 § 1. 5; für die Nothwendigkeit des pure exheredare: Fr. 18 p. Vergl. im Allgemeinen Förster § 59; Bluntschli § 10; Mühlenbruch Bd. 37 p. 73. Nur bei Francke finde ich die Hinneigung zu der Annahme, der Prätor habe in Bezug auf die Form milderen Grundsätzen als das Civilrecht gehuldiget. Insbesondere glaubt er (p. 131), das prätorische Recht habe von dem Erfordernis der unbedingten exheredatio dann abgesehen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Bedingung erfüllt war; desgleichen nimmt er an (p. 132), daß die Vorschrift, wonach die exheredatio post aditam hereditatem ungültig, nach prätorischer Anschauung nicht bestehe, weil durch blose Präterition das Testament prätorisch nicht ungültig werde. Aber Fr. 18 p. spricht, ohne eine Unterscheidung zu machen und die Argumentationen, auf welchen jene beiden Erfordernisse beruhen, haben bei der in Fr. 8 § 2 ausgesprochenen Richtung des prätorischen Rechts und in Hinblick darauf, daß der Satz Skävola's exheredationes non esse adiuvandas zuverlässig auch für das ius praetorium seine Geltung hat, auch hier den gleichen Anspruch auf Berücksichtigung. Mühlenbruch 37 p. 84. 88.

61) Vergl. Abschn. I. Anm. 174.

Testament gerichtet, d. h. gegen denjenigen letzten Willen, welchen der Prätor als Testament ansieht, möge er den civilen Erforderniſſen des Testaments oder auch nur denjenigen entſprechen, welche das Edikt für die bonorum possessio secundum tabulas aufſtellt[62].

Daraus, daß die contra tabulas b. p. da und nur da gegeben wird, wo secundum tabulas b. p. möglich iſt, folgt, abgeſehen von der nothwendigen äußeren Form des letzten Willens:

daß der Teſtator Teſtamentifactio nach den gewöhnlichen Regeln gehabt haben müſſe[63];

daß mindeſtens einer der eingeſetzten Erben Teſtamentifactio haben[64] und in dem Zeitpunkte des Todes des Erblaſſers am Leben ſein müſſe[65];

daß die contra tabulas b. p. auch dann beſtehe, wenn das Teſtament nach civile ius nichtig iſt wegen Präterition eines, in der patria potestas befindlichen Sohnes[66];

und daß ſich endlich von der contra tabulas b. p. ganz füglich ſagen laſſe, ſie ſei eine bonorum possessio ex testamento[67].

---

62) Die contra tabulas b. p. iſt nur da zuläſſig, wo, abgeſehen von ihr, die secundum tabulas b. p. würde agnoſcirt werden können: si tabulae testamenti extant; andernfalls tritt ſofort die bonorum possessio ab intestato ein: Fr. 12 § 1. Fr. 19 de b. p. contra tabulas. Fr. 7 § 6 de carboniano edicto. Fr. 1 § 1 quis ordo. Fr. 2 si tabulae.

63) Fr. 1 § 9. Fr. 2 h. tit.

64) Fr. 19 h. tit.

65) Fr. 8 § 5. Fr. 19 h. tit. Da dem bedingt Eingeſetzten die secundum tabulas b. p. gegeben wird vor Eintritt der Bedingung, da ferner für den postumus die missio ventris nomine ſtatt hat vor ſeiner Geburt: ſo iſt in beiden Fällen den präterirten Notherben die b. p. contra tabulas ſofort deferirt, Fr. 8 § 5 cit.

66) Fr. 16 de leg. praest.

67) § 3 *I. de bonorum possessionibus:* Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae: prima, quae praeteritis liberis datur vocaturque Contra tabulas; secunda, quam omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur ideoque vocatur Secundum tabulas. Dieſen Punkt betont beſonders Bluntſchli p. 83; aber es iſt natürlich damit nicht geſagt, und auch von Bluntſchli nicht gemeint, die contra ſei eine secundum tabulas, denn jene ſteht dieſer entgegen und ſchließt ſie regelmäßig aus. Umgekehrt kann man mit

Der Prätor verspricht b. p. contra tabulas testamenti, d. h. allerdings: gegen das schriftliche Testament[68]. Aber daß die Meinung desselben zu irgend einer Zeit dahin gegangen wäre, es können die prätorischen Notherben in einem mündlichen Testament gültig übergangen werden, ist ganz unglaublich. Der Prätor gedachte im Edikt lediglich des häufigsten Falls; in Uebereinstimmung mit der Interpretation wird er früh genug auch gegen das mündliche Testament die bonorum possessio ertheilt haben[69].

Ist ein solches, eine Präterition enthaltendes Testament vorhanden, so erfolgt die Delation der contra tabulas bonorum possessio nothwendig, sobald überhaupt eine Delation erfolgen kann, also unmittelbar mit dem Tode des Erblassers[70]. Demgemäß

Kaiser Leo (C. 17 de coll.) von der contra tabulas b. p. sagen, sie erfolge iure intestatae successionis (denn ihre Basis ist nicht der Wille des Erblassers, sondern das gegen diesen Willen gerichtete Gesetz); damit ist jedoch ebensowenig ausgesprochen, die contra sei gleich der bonorum possessio intestati, wie die Verschiedenheit der Delaten, das edictum de legatis praestandis und endlich der Umstand beweist, daß die b. p. intestati durch die contra tabulas b. p. in der Regel ausgeschlossen wird Uebrigens hat man über diese einfachen Fragen viel mehr gestritten, als der Mühe verlohnt: vergl. Uhrig p. 21 ff. und die daselbst Angeführten.

68) Fr. 8 § 4 de b. p. secundum tabulas. Hingst p. 131.

69) Ein Zeugnis für die Zulässigkeit der contra tabulas b. p. bei mündlichem Testament bringt Gordian in C. 1 de bonorum poss. contra tabulas, wenn auch zunächst nur von der bonorum possessio gegen das Testament des Freigelassenen redend. Der Kaiser spricht so, daß er diese Zulässigkeit als einen anerkannten Rechtssatz voraussetzt; mit Unrecht will Hingst p. 130 darin gegen Leist eine Neuerung der nachklassischen Zeit sehen.

70) Denjenigen wird die contra tabulas b. p. deferirt, die in dem Augenblick des Todes des Erblassers zu den liberi desselben gehören; weder Denen, die lediglich zu einem früheren Zeitpunkt, noch den Andern, die erst von einem spätern Zeitpunkt an zu denselben zu rechnen sind: § 12 I. de hereditatibus, quae ab intestato; Fr. 6 § 4 de b. p. contra tabulas. Auch Demjenigen, der lediglich commisso per alium edicto zur contra tabulas b. p. berechtigt ist, wird dieselbe sofort mit dem Tode des Erblassers deferirt, nicht etwa erst nachdem der Andere sie nachgesucht hat; denn es gibt nur einen Moment der Delation: Fr. 10 § 6 h. tit. Davon macht das mehrere Grade enthaltende Testament eine natürliche Aus-

hängt ihr Eintritt nicht davon ab, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft vorher angetreten habe und es fällt auch, ihrer allgemeinen Natur gemäß, die einmal erfolgte Delation nicht etwa dann nachträglich wieder hinweg, wenn es sich noch vor der agnitio bonorum possessionis herausstellt, daß aus diesem Testament Niemand antreten werde[71].

Wer aber sind im einzelnen Fall, wenn das Testament die Präterition enthält, die Delaten?

Aus dem bisher Entwickelten ist es von selber klar, daß die im

---

nahme; da nämlich jeder einzelne Grad den Charakter eines selbstständigen Testaments hat, aus welchem successiv deferirt wird: so kann es sich treffen, daß der erste, eine gültige Exheredation enthaltende Grad erst nach dem Tode des Erblassers hinwegfällt und erst nunmehr aus dem zweiten, eine Präterition aufweisenden Grad die contra tabulas bonorum possessio deferirt wird.

71) Die bonorum possessio contra tabulas wird gegeben: *a*) bevor der eingesetzte Erbe antrat, Fr. 4. Fr. 19 h. tit. Fr. 4 de legatis praest. *b*) auch nachdem es gewiß wurde, daß der eingesetzte Erbe nicht antreten werde (contra tabulas bonorum possessionem semel natam competere), z. B. weil er nach dem Testator vor dem Erbschaftsantritt stirbt Fr. 8 § 5 h. tit.; Fr. 10 de leg. praest.; weil die Bedingung der Einsetzung deficirt Fr. 8 § 5 cit.; weil er repudiirt hat Fr. 20 p. h. tit.; allgemein spricht den Satz aus Fr. 19. [In dieser Stelle ist es bei weitem das Natürlichste, die Worte vel sequi potuit (besser potuerit) als zu dem von quamvis abhängigen Zwischensatz gehörig zu betrachten, mit dem Sinn, „obgleich später kein Erbschaftsantritt aus dem Testament erfolgte oder erfolgen konnte," sodaß das erste Glied auf die Repudiation, das andere auf die später eintretenden Fälle der Unmöglichkeit zu beziehen ist; anders Hingst p. 197.] — Weil die contra tabulas bonorum possessio gegeben wird, sobald ein letzter Wille vorhanden, aus dem secundum tabulas b. p. möglich, deshalb pflegten die römischen Juristen zu sagen, jene gehe nicht gegen den eingesetzten Erben, sondern contra ipsum testamentum, contra lignum: Fr. 4 p. Fr. 19 h. tit. [Weil dagegen die dem Patron zuständige contra tabulas bonorum possessio nicht ein formelles Recht, sondern ein Pflichttheilsrecht vertritt, deshalb wird dieselbe nicht im Augenblick des Todes des Erblassers contra ipsum testamentum, sondern erst in dem Zeitpunkte deferirt, wo der eingesetzte Erbe die Erbschaft antritt: Fr. 4 p. cit. Fr. 3 § 5. 12. Fr. 35. Fr. 36. Fr. 42 § 1. Fr. 43 de bonis libert.]; nichts desto weniger sagt man doch auch hier in ungenauer Rede bonorum possessionem petere contra aliquem: Fr. 23 de inoff. test. Fr. 12 § 1 de b. p. contra tabulas.

Zeitpunkt der Delation vorhandenen praeteriti liberi zur bonorum possessio contra tabulas berufen sein müssen[72]; sie sind das aus eigener Person und aus eigenem Recht: ipsi committunt edictum[73].

Nicht minder einleuchtend ist die Stellung der exheredati liberi; diese nämlich haben die contra tabulas bonorum possessio niemals[74], und es rücken bei der Exheredation des Sohns auch nicht etwa die von Anfang an unberechtigten Kinder desselben im Rechte auf die contra tabulas b. p. nach; denn sie wären auch ab intestato weder als sui noch als liberi gerufen[75].

Welches ist endlich das Schicksal der instituti liberi dann, wenn daneben andere liberi präterirt sind? Nichts hätte den Prätor, wenn er es anders für passend gehalten hätte, daran verhindern können, neben der bonorum possessio contra tabulas der Präterirten den instituti liberi die secundum tabulas b. p. zu ertheilen: aber ein angemessenes Resultat hätte das sicher nicht gebracht. Denn

72) Gai. II, 135. Ulp. XXII, 23. XXVIII, 2. § 3 I. de exhered. lib. § 12 I. de hered., quae ab int. Fr. 1 p. de b. p. contra tabulas.

73) So z. B. Fr. 8 § 11. Fr. 10 § 5 h. tit. Der Ausdruck committitur edictum bedeutet: eine bestimmte Stelle des Edikts tritt in Wirksamkeit.

74) Gai. II, 135. Fr. 8 p. h. tit. Sie haben dieselbe selbst dann nicht, wenn nach civile ius das Testament nichtig ist der Präterition eines filius suus heres wegen (denn dem Prätor ist das doch ein Testament), Fr. 32 de liberis et post.; ferner nicht, wenn die exheredatio wirkungslos wird, weil der eingesetzte Erbe nicht antrat: Fr. 20 p. h. tit.

75) *a*) Der Sohn des suus filius exheredatus rückt nicht nach, quia non esset nepos suus heres futurus: Fr. 4 § 1 h. tit. *b*) Die nach der Emancipation erzeugten Kinder des emancipatus filius exheredatus rücken nicht nach, exheredatus enim obstat filiis suis post emancipationem susceptis: Fr. 3 de coniung. *c*) Davon macht die nova clausula Iuliani keine Ausnahme; da nämlich hier die Kinder neben ihrem Vater berufen sind, so kann der Exheredation des Vaters nicht die Bedeutung zukommen, die Kinder auszuschließen; vielmehr sind hier Vater und Kind gemeinschaftlich auf einen und denselben Theil berufen, so daß, wenn eines von beiden wegfällt, der andere diesen Theil ganz erhält: nur diesen Sinn haben die Worte in *Fr.* 1 § 4 *de coniungendis:* nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur. Fr. 3 eod. tit.

wenn ein solches Kind auf mehr als seinen Intestattheil eingesetzt war, so mußte diese Institutionsportion durch die bonorum possessio contra tabulas doch verkümmert werden; war ihm hingegen weniger als die Intestatportion zugewendet, so würde danach der instituirte Sohn schlechter gestellt gewesen sein als sein präterirter Bruder: während doch das natürliche Rechtsgefühl zu dem Satz führen mußte, daß den durch Einsetzung geehrten Kindern jedenfalls eine gleich günstige Stellung einzuräumen sei wie den andern, welche der Vater überging[76]. Derartige Erwägungen mögen den Prätor geleitet haben[77], als er im Edikt aussprach, daß, sobald das Testament die Präterition eines Notherben darbietet, auch die instituti liberi[78] zur

---

76) Einer ähnlichen Argumentation begegnen wir für einen ähnlichen Fall später bei Justinian in C. 4 p. de liberis praeteritis.

77) Die Quellen sprechen sich über den legislativen Grund nicht aus; daher ist eine Verschiedenheit der Ansichten nur natürlich. Francke z. B. meint, diese b. p. contra tabulas commisso per alium edicto sei nöthig gewesen, einerseits (p. 137) weil nach der contra tabulas b. p. des Präterirten die unde liberi nicht möglich sei (dagegen Uhrig p. 26), andererseits (p. 140) weil durch das Zögern des Präterirten die Nachsuchung der secundum tabulas ausgeschlossen werde (dagegen Hingst p. 212). Hingst hinwiederum führt aus, die Ertheilung der contra tabulas b. p. an die instituti sei eine Konsequenz davon, daß die contra tabulas b. p. des Präterirten alle Institutionen rescindire, also auch die der liberi. Aber abgesehen davon, daß das doch nur ein formaler Grund wäre, welchen der Prätor ebensogut hätte beseitigen können, wie ihn das spätere Recht entschieden beseitiget hat, steht dieser Erklärung der Umstand entgegen, daß diese b. p. contra tabulas commisso per alium edicto zuläßig ist, bevor der Präterirte die contra tabulas b. p. sich erbat, also vor der fraglichen Rescission.

78) Sie haben diese contra tabulas b. p. nur dann, *a*) wenn sie in eigener Person zu Erben eingesetzt sind, nicht auch auf Grund der Einsetzung eines Andern, durch den sie erwerben: Fr. 8 § 11 h. tit. [Die Stelle spricht von dem Fall, wo ein in adoptionem datus filius eingesetzt war, aber der Satz gilt allgemein, er steht mit diesem Adoptionsverhältnis in keinem inneren Zusammenhang; der emancipatus filius exheredatus, dessen Sklave zum Erben eingesetzt wurde, hat diese b. p. keineswegs]. Den Grund dieser Vorschrift findet Francke p. 138 in der Möglichkeit, daß inzwischen der eingesetzte Sklave freigelassen worden sein könne; ich denke dagegen, er liege in dem Mangel des honor habitus beim Sohn (Anm. 53). *b*) Sie haben weiter diese bonorum possessio nur für den Fall,

contra tabulas bonorum possessio berufen sein sollen aus der Person des Präterirten[79], commisso per alium edicto[80]. Ja, der Prätor ging hier noch einen bedeutsamen Schritt weiter; er bestimmte nämlich durch einen eigenen Ausspruch des Edikts[81], daß auch die in aliena familia befindlichen[82] eigenen[83] Kinder des Testator, welche die

---

für welchen sie durch die Einsetzung geehrt sind: der unter einer Bedingung Eingesetzte erhält diese bonorum possessio ebenfalls, aber sie wird im Allgemeinen zur b. p. sine re, wenn die Bedingung nachträglich deficirt; Fr. 11 h. tit. Allerdings kann alsdann der Betreffende die contra tabulas bonorum possessio dennoch behalten, aber aus einem anderen Grund, so der sub conditione institutus emancipatus filius, welcher für den umgekehrten Fall nicht exheredirt worden war. Aber er kann nunmehr auch aller Erbansprüche verlustig gehen, so der sub conditione institutus in adoptionem datus filius und von diesem allein spricht Fr. 11; deshalb wird derselbe auch zur Kautionsleistung verpflichtet sein, gleich den bedingt eingesetzten Erben, welche die secundum tabulas bonorum possessio erhalten.

79) So der institutus emancipatus bei Präterition des suus oder eines emancipatus (Fr. 16 de legatis praest. Fr. 14 p. de b. p. contra tabulas); der institutus suus bei Präterition des emancipatus, Fr. 14 p. cit.

80) Commisso per alios edicto: Fr. 10 § 1. 5 h. tit. Fr. 16 de leg. praest. Fr. 103 § 2 de legatis III; ab alio: Fr. 8 § 4 h. tit. Fr. 3 de dotis coll.; propter alios: Fr. 10 § 6 h. tit.; alio committente edictum: Fr. 8 § 11. Fr. 11 p. h. tit.; endlich schlechtweg commisso edicto: Fr. 103 § 3 de leg. III (Erklärung durch beneficio aliorum: Fr. 10 § 6 h. tit.).

81) *Fr. 8 § 11 h. tit.:* In adoptionem datos filios non summoveri praetor voluit, modo heredes instituti sint: et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt. Ergo si fuerint heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem; sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis, qui solent committere edictum.

82) Die Quellen sprechen in der Regel nur von dem in adoptionem datus, nicht aber auch ausdrücklich von dem emancipatus, der sich arrogiren ließ. Förster p. 187 will deshalb die Anwendung dieser bonorum possessio auf den ausdrücklich genannten Fall beschränken. Dagegen erklärt sich mit Recht Francke p. 138; jenes maßgebende non in totum extranei sunt paßt vollständig auf beide Fälle und endlich bringt Fr. 10 p. trotz Förster's Widerspruch den Beweis. Sogar der Enkel, welcher von dem in adoptionem datus filius nach der Adoption erzeugt wurde, hat dieses Recht: Fr. 1 § 12 de ventre.

83) Nicht auch die vom Adoptivvater in Adoption gegebenen: Fr. 8 § 12 h. tit.

nächsten in ihrem Stamme sind[84], sofern sie durch den honor institutionis vom Vater ausgezeichnet worden waren[85], die bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto erhalten sollen. Diese Bestimmung ist insofern besonders merkwürdig, als die genannten Personen, zu den extranei, nicht zu den liberi gehörig, weder dem Vater die Pflicht auflegen, ihrer im Testament formell zu gedenken, noch ab intestato in der Klasse unde liberi berufen sind. Wenn jedoch der Vater sie von freien Stücken unter seinen Erben nannte, so ist nach prätorischer Auffassung anzunehmen, es sei der bestimmte Wille des Testators gewesen, jenes natürliche Band, welches den Vater unter allen Umständen an sein Kind knüpft, praktisch anzuerkennen, nec enim in totum extranei sunt[86]: und der Prätor war nicht geneigt, einer solchen Regung des natürlichen Gefühls durch seine bonorum possessio entgegen zu treten.

Die angegebenen Personen bilden die Gesammtheit der Delaten. Die Erwerbung auf Grund dieser Delation erfolgt in der, für die bonorum possessio überhaupt gültigen Form. Die Frist für die Bitte

84) Fr. 1 § 12 de ventre. — Fr. 13 § 1 de b. p. contra tabulas: wenn im Testament der in adoptionem datus nepos zu Erben eingesetzt und in dem Augenblick, wo der Erblasser stirbt, der Vater desselben, sei er Haussohn oder emancipatus, am Leben ist, so hat dieser Enkel die commisso nicht, selbst dann nicht, wenn er sie erst nachsucht, nachdem sein Vater nach dem Tode des Erblassers [so ist der Schluß zu verstehen; anders deutet ihn, wie es scheint, Vangerow p. 278] starb: denn entscheidend ist der Moment der Delation. Daraus erklärt sich Fr. 25 § 1 de legatis praestandis; hier nämlich wird dem, von dem in adoptionem datus filius in adoptiva familia erzeugten und im Testament des natürlichen Großvaters eingesetzten Enkel die bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto offenbar deshalb abgeschlagen [num mit der erwarteten Antwort der Verneinung, vergl. z. B. Fr. 14 de pign. act.], weil sein Vater noch am Leben ist.

85) Fr. 8 § 11 (Anm. 81).

86) Auch hier gilt der Satz, daß die b. p. contra tabulas deferirt werde, sobald aus dem Testament angetreten werden kann, der Antritt selber aber nicht zu ihren Voraussetzungen gehöre. Das führt zu dem Schluß, daß der in adoptionem datus institutus filius auch dann diese b. p. contra tabulas commisso per alium edicto habe, wenn er der einzige eingesetzte Erbe ist, also die contra tabulas b. p. gewissermaßen gegen sich selber nachsucht: davon spricht Fr. 10 § 1 h. tit.

ist der für die liberi festgesetzte annus utilis[87]; nach ihrem unbenutzten Ablauf gilt der Berechtigte als tempore exclusus[88]. Für die Berechtigung zur Bitte selber ist es gemäß den allgemeinen Grundsätzen wesentlich, daß die Qualifikation des Notherben in dem Zeitpunkte noch vorhanden sei, in welchem er bittet[89]. Desgleichen ist dabei nothwendige Voraussetzung, daß derselbe auf die Nachsuchung der contra tabulas bonorum possessio nicht Verzicht geleistet habe[90]. Ein solcher liegt nach der Auffassung der Jurisprudenz[91] namentlich

87) Fr. 1 § 12 de successorio edicto. § 9. 10 I. de bonorum possessionibus. Nur für die in aliena familia befindlichen, commisso per alium edicto Berufenen ließe sich das deshalb bezweifeln, weil sie streng genommen nicht zu den liberi gehören: aber es ist doch gerade das Wesen dieses besonderen Falles, daß trotz des entgegenstehenden formalen Rechts die natürliche Kindesqualität zur Geltung kommt, non enim in totum extranei sunt.

88) Fr. 20 § 4 de bonis libertorum.

89) *Fr. 3 § 6 de b. p. contra tabulas:* Si emancipatus filius praeteritus ante petitam bonorum possessionem arrogandum se dederit, amittit contra tabulas bonorum possessionem. Fr. 2 p. de bonorum possessionibus secundum tabulas. Vergleiche Fr. 9 si tabulae.

90) Fr. 2 p. de bonorum poss. secundum tabulas. Die Folge eines solchen Verzichtes ist, sofern er schon bei der Bitte um die bonorum possessio feststeht, Verweigerung dieser: Fr. 3 § 15. 16. Fr. 10 § 3. Fr. 14 p. h. tit.; wird dagegen dieser Punkt erst in einem späteren Prozeß klar, so erweist sich nunmehr die erlangte bonorum possessio als unhaltbar.

91) Daß die Jurisprudenz die Quelle sei, wird für den Erbschaftsantritt direkt ausgesprochen von Afrikanus in *Fr. 14 p. h. tit.:* Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia iudicium patris secutus sit —— Diese Stelle für sich allein betrachtet könnte zu dem Schluß verleiten, es habe dagegen in Bezug auf die Annahme von Legaten das Edikt einen eigenen Ausspruch enthalten. Daß dem nicht so sei, ergibt sich namentlich aus Fr. 5 § 2 de legatis praestandis. Aus der ausdrücklichen Bestimmung des Edikts nämlich, daß wer die contra tabulas bonorum possessio angenommen, kein Legat auf Grund des edictum de legatis praestandis zu beanspruchen habe, schloß, wie aus der angegebenen Stelle erhellt, die Jurisprudenz (eo iure utimur; vergl. Fr. 3 § 16 de b. p. contra tabulas: dicemus), daß umgekehrt, wer ein Legat annahm, als einer zu betrachten sei, der den väterlichen letzten Willen anerkannt hat.

dann vor, wenn er den letzten Willen des Vaters thatsächlich anerkannt hat durch die freiwillige[92] Annahme eines Vermächtnisses[93] oder einer Erbportion[94]. Ja sogar wenn der zur contra tabulas b. p. Berechtigte, von dem eingesetzten Erben auf Bezahlung einer Schuld gegen die Erbschaft belangt, lediglich durch die exceptio doli mali sich vertheidiget hat, so sieht Marcian darin den Verlust des Anrechts auf die bonorum possessio; denn darin liegt mittelbar die Anerkennung des Klägers als Erben[95].

Gehen wir nun zu der weiteren Frage über: welche Wirkung

92) Wenn der Annehmende durch die rechtliche Gewalt eines Andern zur Annahme sich genöthiget sah, so liegt für seine Person darin keine Anerkennung des väterlichen Testaments: daher kann der in adoptionem datus, welcher auf Befehl seines Adoptivvaters die Erbschaft antrat, nach nachträglich erfolgter Emancipation doch noch aus eigener Person die contra tabulas b. p. sich erbitten: Fr. 10 § 23.

93) Dabei ist es gleichgültig, ob man das Legat vom heres institutus oder vom bonorum possessor contra tabulas annahm; desgleichen liegt ein comprobare iudicium patris auch dann vor, wenn man seinem Sklaven befahl, das Legat anzunehmen: Fr. 3 § 15. 16. Fr. 10 § 2. 3. Fr. 14 p. h. tit.

94) Fr. 3 § 15. Fr. 10 § 3. Fr. 14 p. h. tit. Weil dem Erbschaftserwerb des suus heres institutus das Moment der Freiwilligkeit fehlt, deshalb behält derselbe sein Recht auf die b. p. contra tabulas commisso per alium edicto bis zu dem Zeitpunkt, wo jenes Moment vorhanden, also bis er sich immiscirt hat: Fr. 14 p.

95) *Fr.* 15 *h. tit.:* Si praeteritus filius emancipatus exceptionem doli mali agenti heredi patris opposuerit de eo, quod patri debuit, non posse eum contra tabulas bonorum possessionem petere existimo; nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem; quod ita intelligendum est, si heredem petentem debitum noluerit filius repellere illa exceptione, *si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest*, sed magis doli exceptione usus est. Die Stelle hat eine doppelte Auslegung erfahren. Nach einem, auf Fr. 50 § 4 de bonis libertorum bezugnehmenden Scholion Basilicorum, dem Schulting zustimmt, ist der Fall gemeint, wo der Präterirte aus der ihm zugewendeten liberatio legata excipirt, also das Testament mittelbar anerkennt; dagegen bezieht Mühlenbruch p. 89 den Ausspruch des Juristen auf das Excipiren aus der Schuld selber. Ein comprobare iudicium patris enthält die exceptio in beiden Fällen; Marcian's Worte auf den ersten zu beschränken, dazu berechtigt uns keine Andeutung des Juristen.

hat die agnitio bonorum possessionis contra tabulas? so mag zuerst darauf hingewiesen werden, daß diese Erwerbung mindestens in einem Fall, und zwar nach der Auffassung der Jurisprudenz, ihren Charakter ändert eines nachträglich eintretenden Umstandes wegen. Wenn nämlich das instituirte Kind die b. p. contra tabulas commisso per alium edicto erhält, so geschieht das in der stillschweigenden Voraussetzung, daß der Präterirte dieselbe ebenfalls nachsuchen werde: unterläßt dieser die Bitte, so ergibt sich, daß überhaupt kein Grund für Beseitigung des letzten Willens bestehe; daher wird die ertheilte contra tabulas b. p. nunmehr so behandelt, wie wenn secundum tabulas gebeten wäre[96].

96) *Fr.* 14 *p. de legatis praest.:* Nonnunquam contra tabulas bonorum possessionem quis habet iure secundum tabulas bonorum possessionis; utputa heres institutus est emancipatus filius, alius emancipatus praeteritus; institutus accepit contra tabulas bonorum possessionem, praeteritus omisit, apertissimum est, ut cogatur omnibus legata ita praestare, atque si commissum edictum non fuisset; nec enim occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro afficere, quum praeteritus iure suo non utatur. Umgekehrt kommt es vor, daß eine andere ertheilte bonorum possessio nachträglich den Charakter der contra tabulas erhält: *a*) Der sub conditione eingesetzte Notherbe empfängt pendente conditione die secundum, nicht die contra tabulas bonorum possessio; deficirt aber nachträglich die Bedingung, so wird — vorausgesetzt natürlich, daß er für diesen Fall nicht enterbt sei — seine secundum so behandelt, wie hätte er die contra tabulas b. p. erhalten: Fr. 2 § 1. Fr. 5 de b. p. secundum tabulas. Fr. 3 § 13. 14 de b. p. contra tabulas. *b*) Wenn statt der contra tabulas aus einem faktischen Irrthum die b. p. unde liberi erbeten worden ist, so erhält sie den Charakter der ersteren: Fr. 5 p. de dotis coll. — In allen solchen Fällen bedarf es keiner neuen Ertheilung der bonorum possessio, sondern es wird in Folge der geänderten Umstände die früher gewährte so behandelt, als wäre gleich anfangs die nunmehr als passend sich herausstellende ertheilt worden: *Fr.* 2 § 1: praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas — tueri debet, ac si contra tabulas acceperit. *Fr.* 5 § 1: — quasi contra tabulas bonorum possessione accepta rem habere videtur. *Fr.* 3 § 13: Tuendus erit a praetore in tantum, quantum ferret, si contra tabulas bonorum possessionem accepisset. *Fr.* 5 *p. de dotis coll.:* et bonorum possessio unde liberi fingatur pro contra tabulas esse petita. Die hier erwähnte tuitio praetoria wird nicht selten die Form der exceptio an sich zu tragen haben.

In dem gewöhnlichen Fall der contra tabulas bonorum possessio, also wo sie ihr eigentliches Wesen einhält, ist davon auszugehen, daß sie nach prätorischer Auffassung gemäß ihrem Namen und der Voraussetzung, unter welcher sie allein gegeben wird, überall ein gültiges Testament außer praktischer Wirksamkeit setzt und daß demgemäß der Regel nach weder die Erbeseinsetzungen noch die Vermächtnisse zur Ausführung kommen, denegantur actiones[97]. Dagegen von dem Standpunkte des civile ius aus betrachtet, hat sie nach dieser Seite hin nicht immer den gleichen Charakter: zuweilen nämlich ist auch von diesem aus zu sagen rescindit praetor per contra tabulas bonorum possessionem testamentum[98], zuweilen dagegen wird nach civiler Auffassung deshalb kein Testament rescindirt, weil civiliter keines besteht, also nach civile ius Intestaterbfolge einzutreten hat[99]. Das Letztere hat namentlich statt, wenn in einem, im Uebrigen den civilen Anforderungen entsprechenden Testament einer von denjenigen civilen Notherben präterirt ist, deren Präterition nach den Grundsätzen des civile ius Nichtigkeit des letzten Willens nach sich zieht. Dagegen wird ein civiliter gültiges Testa-

97) Vergl. Fr. 3 § 6. Fr. 5 § 4 de legatis praestandis. Anders Huschke in der angeführten Recension p. 18; er meint, dem Civilrecht habe der Prätor wenigstens formell gehorchen müssen, er habe daher die civiles actiones überhaupt nicht versagen, sondern nur exceptiones dagegen gewähren können. Daß Fr. 1 ut ex legibus diesen Satz erweise, nimmt Huschke selbst nicht an. Möglich, daß der Prätor in der frühesten Zeit des Edicirens diesen anscheinend milderen Weg einzuhalten sich veranlaßt sah. Späterhin aber ist es der Praxis sicher nicht entgangen, daß ein solches Verfahren bei vorliegendem Beweis der Einrede Zeitverschwendung gewesen sein würde.

98) *Fr.* 13 *p. de b. p. contra tabulas:* Quum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare; omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit. Demnach läßt sich hier sagen: praetor corrigit ius civile.

99) Auch hier liegt eine Korrektur des civile ius vor, nämlich der civilen Intestaterbfolge.

ment in folgenden Fällen durch die bonorum possessio contra tabulas praktisch vernichtet:

1) Wenn Diejenigen, welche, weil im Testament übergangen, die genannte bonorum possessio erhalten haben, lediglich prätorische Notherben sind.

2) Ganz allgemein gehörten ursprünglich die bei Abfassung des Testaments vorhandenen, in diesem präterirten suae und nepotes sui dann hierher, wenn neben ihnen weder ein filius suus noch ein postumus präterirt war; denn durch die ihnen gewährte bonorum possessio contra tabulas wurde das nach civile ius rechtsbeständige Testament beseitiget. Das wurde freilich vorübergehend durch ein Reskript des Kaisers Mark Aurel[100] zu einem Theil geändert. Zwar für die nepotes sui ließ er es bei der prätorischen Bestimmung; dagegen verordnete er in Bezug auf das weibliche Geschlecht — von der im Alterthum so häufigen Zurücksetzung desselben sich nicht frei haltend —, daß dieses durch die contra tabulas bonorum possessio nicht mehr erhalten solle, als das alte ius accrescendi ihm gewährte[101]: eine Beeinträchtigung der Frauen, welche noch zu

100) Daß Gaius II, 126 diesen Kaiser meine und nicht seinen Vorgänger Pius Antoninus, obgleich Justinian in C. 4 de liberis praeteritis dieselbe Konstitution dem magnus Antoninus zuschreibt, schließt Fabricius p. 98 mit Recht aus dem Umstande, daß hier von einem lebenden Antoninus die Rede ist, während bald darauf (II, 195) Pius als Divus bezeichnet wird. Diese Auffassung billigen auch Huschke und Hingst.

101) *Gai. II*, 125: Quid ergo est? licet eae secundum ea, quae diximus, scriptis heredibus dimidiam partem tantum detrahant, tamen praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit, qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur: [126] et efficeretur sane per hanc bonorum possessionem, ut nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto, su*as* [Vermuthung Huschke's, der Codex hat su*o*] non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrescendi consequerentur, quod in emancipatis feminis similiter optinet, scilicet ut quod adcrescendi iure habiturae essent, si suae fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant. Vergl. C. 4 de liberis praeteritis. Wie bei diesem klaren Gang der Entwickelung Hingst p. 164 auf den Gedanken gerathen konnte, es sei in Antoninus' Vorschrift eine Reaktion

Majorian's Zeiten in Kraft war[102], so daß es dem Kaiser Justinian vorbehalten blieb, dem weiblichen Geschlecht wiederum die ganze Gerechtigkeit angedeihen zu lassen[103]. In welcher Weise er das gethan, davon an einer späteren Stelle[104].

3) Ferner sind dieselben Personen in einem Fall auch als im Testament eingesetzte hierher zu zählen. Sind sie nämlich unter einer kasuellen Bedingung eingesetzt, so gelten sie im Fall der Deficienz derselben zwar nicht nach civile ius, wohl aber nach prätorischem für präterirt[105].

4) Endlich gibt es Fälle, in denen auch für den suus filius die contra tabulas bonorum possessio das Mittel zur Beseitigung des civilrechtlich gültigen Testaments ist:

a) Wenn ein suus filius bei dem ersten Grad präterirt, in dem zweiten exheredirt wurde, so ist derselbe nach civile ius, weil der erste Grad ungültig, durch den zweiten gültig beseitiget[106]: aber der Prätor, welcher in der Präterition nirgends den Grund für Nullität des Testaments erkennt, gibt ihm die contra tabulas b. p. wider diesen ersten Grad[107].

b) Wenn irgend ein, zu den sui Gehöriger in einem früheren civilen Testament exheredirt, dagegen in einem späteren prätorischen

---

zu Gunsten der Agnaten zu erkennen, ist schwer einzusehen; es ist einfach eine Reaktion zu Gunsten des männlichen Geschlechts. Wie sehr die Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts im Geiste jener Zeit liegt, dafür zeugt beispielsweise die Art, in welcher in Nov. 18 cap. 5 der Kaiser sein Verfahren zu rechtfertigen sich veranlaßt sieht.

102) Nov. Maioriani tit. VI § 3, vom Jahr 458.

103) C. 4 de liberis praeteritis.

104) Vergl. Abtheil. III Anm. 6 ff.

105) Das Reskript Mark Aurel's hat daran nichts geändert: denn es verändert lediglich die Wirkung der erbetenen bonorum possessio, nicht aber die Berechtigung, sie zu erbitten.

106) Abth. I Anm. 63.

107) Fr. 8 § 5 h. tit. Begegnete dasselbe einem nepos suus oder einer filia, so ist das Testament auch nach civile ius im ersten Grad gültig; daher nützte auch beiden die bonorum possessio gegen diesen Grad, bis Mark Aurel diesen Nutzen für das weibliche Geschlecht beseitigte.

präterirt wurde, so ist er nach civile ius in seinem Notherbenrecht nicht verletzt, aber der Prätor gibt ihm die contra tabulas bonorum possessio wider das zweite Testament[108].

An diese Beseitigung des Testaments knüpft sich der weitere positive Satz: Alle, welche die bonorum possessio contra tabulas erhalten haben, sind, gemäß der allgemeinen Natur der bonorum possessio[109], heredum loco[110], also Universalsuccessoren[111], denen zur Geltendmachung dieses ihres prätorischen Rechts das interd. Quorum bonorum, die possessoria hereditatis petitio[112] und überhaupt die erbschaftlichen Klagen ficto se herede[113] zu Gebote stehen.

Die Gesammtheit dieser bonorum possessores contra tabulas succedirt regelmäßig in den gesammten Nachlaß. Rücksichtlich der Vertheilung gilt für sie, seien sie als praeteriti oder als instituti zugelassen, mit abermaliger Anlehnung an das Muster des civile ius, die Regel, daß jeder Einzelne so viel erhält, als er, in der Gewalt des Testators befindlich, in der Eigenschaft eines suus heres erhalten haben würde; es gilt also Viril- und Stammtheilung[114].

---

108) Das beweist das vielbesprochene Fr. 12 § 1 de b. p. contra tabulas. Vergl. Fr. 2 de iniusto und die Ausführung von Fabricius p. 127 ff.

109) Ulp. XXVII, 12. Gai. II, 32; IV, 34. § 2 I. de bonorum poss.

110) Fr. 13 p. de bon. poss. contra tabulas.

111) Die agnitio ist überhaupt nicht, wie Mühlenbruch will, ein Rechtsmittel in dem gewöhnlichen Sinne des Wortes, sondern die Form, in welcher man ein Recht erwirbt, zu dessen Geltendmachung Rechtsmittel bereit sind. Vergl. Leist II p. 140.

112) Fr. 13 p. cit. Gemäß dieser Stelle hat der bonorum possessor contra tabulas diese hereditatis petitio selbst wider den heres; natürlich, denn jene bonorum possessio wird ertheilt corrigendi iuris civilis causa. Diesem Sachverhalte entspricht es, daß der heres, so lange die contra tabulas bonorum possessio nachgesucht werden kann, wider die klagenden Erbschaftsgläubiger die exceptio hat: at si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit: Fr. 2 de except. rei iudicatae, Keller, Litiskontestation p. 578.

113) Ulp. XXVIII, 12. Gai. IV, 34.

114) In Fr. 8 § 14 de b. p. contra tabulas wird uns folgender allgemeine

Desgleichen besteht, wenn einer der mehreren Delaten nachträglich wegfällt, der Grundsatz der Akkrescenz[115]; denn eine jede Delation umfaßt die gesammte Erbschaft.

Wenn es nun, wie gesagt, die Regel ist, daß die contra tabulas bonorum possessio die Totalität der bona mit Ausschluß aller anderen Erben ergreife, so ist doch auch diese Regel keineswegs ausnahmslos; es gibt nämlich Fälle, in welchen neben den contra tabulas bonorum possessores andere Erben ebenfalls zugelassen werden.

Dahin gehören zuerst diejenigen präterirten sui heredes, deren Präterition nach den Grundsätzen des civile ius das Testament selbst vernichtet. Bei Ertheilung der bonorum possessio contra tabulas hatte der Prätor keineswegs die Absicht, jenen ihr civiles Notherbenrecht zu verkümmern oder auch nur die Ausübung desselben von der Ergreifung der contra tabulas b. p. abhängig zu machen. Daher besteht, wenn ein präterirter emancipatus die contra tabulas b. p. nahm, neben dieser die hereditas in anerkannter Wirksamkeit zum Betrag des Theils, welchen der Prätor im Edikt dem suus heres zuerkennt[116]; die Quellen sagen von ihm: rem ab intestato

---

Grundsatz mitgetheilt: Praetori enim propositum est, quum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset. Inwieweit dieser Grundsatz in der späteren Zeit theils durch die nova clausula Iuliani, theils durch das erwähnte Reskript Mark Aurel's modificirt wurde, ergibt sich aus dem Früheren.

115) C. 1 quando non petentium. Fr. 12 p. de b. p. contra tab. Fr. 1 § 12 de coniung. Fr. 5 de bonorum possessionibus. Die Akkrescenz erfolgt auch nach prätorischem Recht ipso iure: Fr. 6 p. eod. tit. Da durch die nova clausula Vater und Kind auf denselben Stammtheil berufen sind, so gilt die Akkrescenz zunächst ausschließlich innerhalb dieser stirps und zwar in der Art, daß wenn einer von mehreren Enkeln wegfällt, zuvörderst lediglich dem anderen Enkel und dann erst dem Vater desselben akkrescirt (Fr. 1 § 5. 12. de coniung. Fr. 25 p. de leg. praest.), beim Wegfall des Vaters aber die Enkel den Stammtheil ganz erhalten (Fr. 5 § 2 si tabulae).

116) C. 13 *de iure delib. (Diocl. et Max.)*: Suum heredem omissa bonorum possessione paternam successionem obtinere potuisse, certi iuris est.

habet[117]. Daß er die bonorum possessio nachsucht, soll ihm praktische Vortheile bringen[118], daß er es nicht thut, soll ihm sein civiles Recht nicht schmälern.

Weiter ist der exheredatus in zwei Fällen hierherzustellen, in welchen zwar die contra tabulas bonorum possessio ihm verschlossen, der Prätor aber nicht gemeint ist, der vorhandenen civilen Nichtigkeit des Testaments entgegenzutreten; denn auch er läßt sich von dem Satze leiten: exheredationes non esse adiuvandas. Zuerst wenn einer von denjenigen sui heredes präterirt ist, deren Präterition das Testament civiliter vernichtet, so sind folgeweise

---

Fr. 15 p. Fr. 16 de leg. praest. Die erste Stelle sagt: Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret, nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, cum legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit. Wie die hier erwähnte exceptio doli mali zu deuten sei, ist eine vielbesprochene Frage (Cui. obs. III, 20, Mühlenbruch p. 29, Fabricius p. 101, Huschke p. 21). Gemeint ist offenbar die exceptio doli mali, welche Antoninus dem secundum tabulas bonorum possessor gegen den heres ab intestato gab (Gai. II, 120): der präterirte suus filius (anders der exheredirte) hat sie nicht zu fürchten; denn es war nicht des Prätors Wille, das civile Notherbenrecht desselben von der Nachsuchung der contra tabulas bonorum possessio abhängig zu machen (die Worte nec enim exceptio doli mali huic noceat sind ein parenthetischer Satz). So scheint auch Huschke die Sache zu deuten.

117) Und zwar ebenso wohl wenn er die bonorum possessio nahm (Fr. 16 cit.) als wenn er sie nicht nahm (Fr. 15 cit.).

118) Worin der Vortheil der contra tabulas bonorum possessio für den in seinem civilen Notherbenrechte verletzten suus filius bestehe, ist mannigfach besprochen worden (vergl. die Auseinandersetzung von Leist II p. 48 ff.). Derselbe wird in folgenden Punkten zu erkennen sein: *a*) die b. p. contra tabulas bringt dem suus zuerst die Vorzüge einer jeden bonorum possessio überhaupt, also namentlich das interdictum Quorum bonorum: Gai. III, 34; *b*) sie bewirkt regelmäßig den Ausschluß der bonorum possessio secundum tabulas und der b. p. intestati; *c*) wenn ein emancipatus die bonorum possessio nahm, so kann der suus denselben zur Kollation ursprünglich nur dann nöthigen, wenn er jene ebenfalls nachgesucht hat.

auch die in dem letzteren ausgesprochenen Exheredationen nach civile ius nichtig. Zwar dem präterirten suus steht hier gemäß den Grundsätzen des Edikts die contra tabulas b. p. zu, weil es prätorische tabulae sind; gerade aus demselben Grunde aber ist diese contra den Exheredirten, seien sie sui oder emancipati, ebenfalls nach den Prinzipien des Edikts zu verweigern[119]: demgemäß werden diese neben jenen contra tabulas bonorum possessores als Intestaterben zugelassen[120]. Es ist weiter civiler Grundsatz, daß alle Enterbungen zusammenfallen mit dem Testament, also namentlich dann, wenn die Gesammtheit der im Testament eingesetzten Erben ausschlug. Daran hält auch der Prätor fest[121]: zwar die einmal deferirte contra tabulas bonorum possessio wird aus diesem Grunde den Präterirten nicht entzogen, den Exheredirten nicht gewährt; aber neben jenen contra tabulas bonorum possessores kommen diese ab intestato zur Erbfolge[122].

---

119) Vergl. Anm. 74.

120) *Fr.* 32 *de liberis et postumis (Marcianus):* Si filio emancipato exheredato is, qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus venient. *Fr.* 1 § 9 *si tabulae (Ulp.):* Si filius emancipatus exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat praeteritus, emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem Unde liberi tueri debet praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset.

121) *Fr.* 12 § 5 *de bonis libertorum:* Ex testamento autem, ex quo non adita hereditas est neque petita bonorum possessio, liberis exheredatio non nocet; absurdum est enim, in hoc tantum valere testamentum, ut exheredatio vigeat, quum alias non valeat [Ulpian spricht zunächst von dem Satze des Edikts, wonach der von seinem Vater exheredirte Sohn der bonorum possessio contra tabulas liberti paterni der Regel nach verlustig geht: Fr. 10 § 1. Fr. 11. Fr. 12. Fr. 27. Fr. 38 p. Fr. 42 p. de bonis liberti; er sagt, der in einem Testament, aus welchem die Erbschaft nicht angetreten wird, als exheres bezeichnete Sohn ist nach prätorischer Auffassung hier nicht für exheredirt zu achten].

122) Den Beweis für diese Sätze bringt Tryphoninus in Fr. 20 p. de bonorum possess. contra tabulas, welches folgenden Gang einhält. Wenn ein suus filius exheredirt, ein emancipatus präterirt ist, so fragt es sich, welchen praktischen Umfang hat die bonorum possessio contra tabulas des Letzteren? Die Entscheidung — so lautet die Antwort — hängt von dem Benehmen der im Te-

Endlich fügte das spätere Recht noch ein paar Fälle hinzu. Einmal, wenn eine, zu den liberi gehörige Person die contra tabulas bonorum possessio ergriffen hat, so werden nach einer später darzustellenden Rechtsentwickelung gewisse exceptae personae institutae in ihrer Institutionsportion dennoch

---

stament eingesetzten Erben ab. Wenn nämlich diese antreten, so erhält nunmehr die exheredatio ihre volle praktische Wirksamkeit und ist demnach der suus exheredatus von der Erbschaft ganz ausgeschlossen. Schlagen sie dagegen die Erbschaft aus [und dazu werden sie sich leicht bewogen finden, weil sie in Folge der dem emancipatus zustehenden contra tabulas bonorum possessio von der hereditas doch nichts behalten würden; vergl. Fr. 4 de legatis praest.], so fällt die exheredatio mit dem Testament zusammen und es ist daher der Exheredirte suus heres ab intestato, dem emancipatus aber bleibt daneben das Recht auf die b. p. contra tabulas nach wie vor [denn sie ist ihm im Augenblick des Todes des Erblassers deferirt worden und der Umstand, daß er sie nicht sofort agnoscirt hat, ist ein rein zufälliges Moment, wozu ihn die Agnitionsfrist berechtigte] und zwar ihm allein, nicht aber steht es nunmehr auch dem suus zu [denn diesem wurde die contra tab. b. p. bei dem Tode des Erblassers nicht deferirt, weil exheredirt; sie wird es ihm auch nicht nachträglich, weil es überhaupt nur einen Moment für die Delation dieser contra tabulas b. p. gibt und weil selbst die Möglichkeit einer nachfolgenden Delation vorausgesetzt, der suus zu derselben doch nicht berechtiget wäre; denn er ist weder praeteritus noch institutus]. Dieser aber hat infolge der eingetretenen Ungültigkeit der exheredatio nunmehr auch Anrecht auf die bonorum possessio contra tabulas liberti paterni. [Der Satz Sed quum bis videatur läßt sich als ein parenthetischer auffassen; nach videatur gehört, anders als unsere Ausgaben zu thun pflegen, volle Interpunktion: videatur. Redit, vielleicht Redit enim.] Ueberhaupt erhält die Sache im Wesentlichen die Gestalt der Intestaterbfolge, bei welcher der Prätor den lediglich prätorisch berufenen emancipatus gegenüber dem suus heres ab intestato bis auf die Hälfte in Schutz nimmt. Daraus ergibt sich, daß es der eingesetzte Erbe in der Hand hat, den suus exheredatus entweder durch seinen Antritt von der Erbschaft auszuschließen oder denselben durch Ausschlagung der Erbschaft zum suus heres ab intestato zu machen. [An dem Ausdruck exheredatum effectum hat man mit Unrecht Anstoß genommen und es ist keineswegs mit Cujaz effectu zu korrigiren; so sagt z. B. Fr. 3 § 6 de coll.: emancipatus factus.]. So weit Tryphoninus (vergl. namentlich Mühlenbruch 37 p. 10 ff.). Nehmen wir nun an, daß nicht, wie in dem Fall der Stelle, ein suus exheredirt war, sondern ein emancipatus, so wird derselbe, wenn der eingesetzte Erbe ausschlägt, gerade ebensogut zur Erbfolge ab intestato kommen müssen

geschützt. Sodann da seit Mark Aurel die den präterirten Frauen zustehende contra tabulas bonorum possessio nicht mehr die gesammte Erbschaft ergreift, so ist der Rest den testamentarischen Erben zum Erwerb angeboten.

In allen diesen Fällen besteht über das materielle Erbrecht kein Zweifel. Desto lebhafter verhandelt man über die verhältnismäßig untergeordnete Frage, ob hier der Prätor neben der bonorum possessio contra tabulas die b. p. secundum tabulas und die b. p. intestati bewilliget oder ob er in anderer, außerordentlicher Weise geholfen habe[123]. Allerdings wird in unseren Quellen die natürliche Regel ausgesprochen, daß durch die bonorum possessio contra tabulas die secundum tabulas und durch diese hinwiederum die intestati ausgeschlossen werde[124]: aber weder wird uns von dieser Regel gesagt, daß sie — anders als andere Rechtsregeln — ausnahmslose Gültigkeit habe, noch nöthiget uns irgendwie der civile Satz nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, eine solche Ausnahmslosigkeit zu supponiren. Im Gegentheil wird durch die b. p. patroni contra tabulas liberti die Durchbrechbarkeit dieser Regel auf prätorischem Gebiet vollkommen bewiesen[125]: und es ist daher nicht einzusehen, weshalb in den vor-

123) Für Zulässigkeit verschiedener bonorum possessiones nebeneinander sprechen sich namentlich aus Francke p. 141, Mühlenbruch p. 33, Fabricius p. 211 ff., Fein p. 78 ff.; dagegen nach Hugo's Vorgang Förster § 143, Uhrig p. 14 ff.

124) Die secundum kommt erst nach der contra tabulas an die Reihe: Ulp. XXVIII, 5. Fr. 2 p. secundum; die intestati erst nach der secundum: Fr. 1 § 2 si tabulae. Fr. 1 § 1 quis ordo. Die contra tabulas ist im Allgemeinen die bonorum possessio ex prima parte edicti: Fr. 2 § 1. Fr. 42 § 2 de bonis libertorum. Fr. 4. Fr. 12 de carboniano edicto (vergl. Cuiacius ad Ulp. 28, 5, Huschke p. 29); nur wenn lediglich von der intestati bonorum possessio die Rede ist, gilt der ordo Unde liberi als prima pars: Fr. 1 § 11 de successorio edicto.

125) Durch diese bonorum possessio wird ein Pflichttheilsrecht des Patrons geltend gemacht: sie ergreift lediglich eine bestimmte Quote des Nachlasses (Fr. 6 p. de bonorum possessionibus. Fr. 4 p. de b. p. contra tabulas) und läßt den Rest bei dem bonorum possessor secundum tabulas. Gerade weil sie des

liegenden Fällen ein anderes als dieses natürliche, feste Formen und feste Fristen von selber mit sich bringende Verfahren sollte beobachtet worden sein, lediglich einer schematischen Regel zu Liebe[126].

Pflichttheils wegen gegeben wird, wird sie überhaupt erst deferirt, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten oder bonorum possessio secundum tabulas nachgesucht hat: Fr. 3 § 5 de bonis libertorum.

126) Wir haben allerdings keinen, die Sache unmittelbar erledigenden Quellenausspruch, aber Alles weist darauf hin, daß hier nichts Besonderes statt habe. *a*) Nachdem seit Mark Aurel die contra tabulas b. p. der allein berufenen Weiber auf die Hälfte des Nachlasses beschränkt ist, die andere Hälfte aber den testamentarischen Erben zusteht, ist für die letzteren (ganz ähnlich wie in dem Fall der vorigen Note) die b. p. secundum tabulas die rechte prätorische Erwerbungsform und bei blos prätorisch gültigem Testament sogar die einzige. [Um dieses unbequeme Resultat zu beseitigen, geht z. B. Uhrig p. 4 so weit, zu leugnen, daß die weiblichen Notherben in dem Falle, wo neben ihnen keine männlichen vorhanden sind, seit Antoninus überhaupt noch die contra tabulas b. p. erhielten (neben männlichen war dieses Leugnen freilich absolut unthunlich), sie hatten vielmehr nach diesem Schriftsteller hier nur noch die secundum tabulas b. p. Aber nicht blos spricht Gaius offenbar von der contra tabulas b. p., ohne die secundum tabulas auch nur zu nennen, sondern auch Justinian in C. 4 p. de liberis praeteritis sagt dasselbe.] *b*) Wenn ein suus filius präterirt ist, so kommt (vergl. Anm. 120) der emancipatus exheredatus ab intestato (Fr. 32 de liberis et postumis) und zwar ist die bonorum possessio Unde liberi die ihm zustehende Form (Fr. 1 § 9 si tabulae): während dem suus die contra tabulas bonorum possessio in diesem Fall zweifellos zusteht. [Man sollte meinen, das sei klar: aber man kann auch den klarsten Dingen Widerspruch entgegensetzen. So nimmt Uhrig p. 57 mit vollkommener Willkür an, der Prätor verweigere hier dem suus die contra tabulas bonorum possessio, damit dem emancipatus der Weg zur Unde liberi nicht verschlossen werde. Anders Hingst p. 139; er urgirt das Wort tueri in Fr. 1 § 9, behauptend, daß daraus irgend eine ausnahmsweise vor sich gehende Behandlung der Sache folge: aber tueri bedeutet einfach „Schutz gewähren", ohne daß in diesem Wort ein Ausspruch über die Form dieses Schutzes enthalten ist; daß auch die gewöhnliche Ertheilung der bonorum possessio eine tuitio praetoria sei, zeigt z. B. Fr. 2 si tabulae.] *c*) In dem Fall der Anm. 122 ist durchaus kein Grund vorhanden, weshalb, wenn dem emancipatus praeteritus die contra tabulas bonorum possessio ertheilt worden ist, dem durch die Repudiation des eingesetzten Erben heres ab intestato gewordenen suus exheredatus die Vortheile der bonorum possessio sollten versagt worden sein: er muß daher die b. p. Unde liberi zu beanspruchen haben; für den emancipatus exheredatus

So die allgemeinen Wirkungen der contra tabulas bonorum possessio. Damit begnügte sich jedoch das Edikt keineswegs; vielmehr sah es sich veranlaßt, zwei wichtige Modificationen durch besondere Klauseln einzuführen: die Pflicht der Kollation und die Aufrechterhaltung bestimmter Vermächtnisse.

Wenden wir uns zuerst zur Kollation.

Ueberall, wo der Prätor den emancipatus kraft eigener Machtvollkommenheit neben dem suus berief, also bei der bonorum possessio contra tabulas und bei der b. p. Unde liberi, mußte ein Umstand der Erwägung sofort entgegentreten, nämlich die Ungleichheit ihrer rechtlichen Situation. Während der emancipatus, seit der Emancipation homo sui iuris, Alles, was er erwarb, zu eigenem Vermögen erworben, ist der ganze Erwerb des suus in das Vermögen des Vaters gelangt und mithin — so weit überhaupt noch vorhanden — in dem väterlichen Nachlaß enthalten. Um die nothwendige Ausgleichung herbeizuführen, ließen sich zwei verschiedene Wege einschlagen: entweder mußte der suus im voraus erhalten, was von seinem Erwerb in der paterna hereditas sich befand, oder der emancipatus mußte sein eigenes Vermögen mit dem suus zu theilen genöthiget werden. Der Prätor wählte aus einleuchtenden Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit den zweiten Weg; aller Wahrscheinlichkeit nach war sofort bei Einführung jener beiden bonorum possessiones die collatio bonorum das Maß, unter welchem die Theilnahme der emancipati am Erbrecht neben sui dem Edikt allein zuläßig erschien[127]. Die ursprünglichen Grundzüge

---

ist in diesem Fall die letztgenannte b. p. sogar das einzige Mittel, die Erbschaft zu erwerben.

127) Das der contra tabulas bonorum possessio nicht ausschließlich angehörige Institut der Kollation soll hier nur in seinem allgemeinen Entwickelungsgang und innerhalb der durch unsere Aufgabe gestellten Grenzen dargestellt werden. Es ist das um so thunlicher, als im Uebrigen auf die anerkannten Arbeiten von Francke (1826), Fein (1842), sowie auf die klare und selbstständige Uebersicht von Arndts (im 3. Bande des Rechtslexikons, geschrieben vor Fein) verwiesen werden kann.

dieses Instituts, wie sie im Edikt ausgesprochen waren, bestanden in Folgendem[128]:

Die Kollation hat statt bei der bonorum possessio contra tabulas und bei der Unde liberi[129].

Kollationspflichtig ist der der bonorum possessio contra tabulas oder der Unde liberi sich bedienende emancipatus[130].

Kollationsberechtiget sind lediglich die sui[131], vorausgesetzt,

---

128) Ulpian behandelt in seinem Werk ad edictum die Kollation an zwei Stellen, nämlich im 40. und im 79. Buch. An der ersten entwickelte er nach Maßgabe des Edikts das Prinzip der Kollation überhaupt, an der zweiten handelte es sich um die stipulatio collationis, welche hier neben den anderen praetoriae stipulationes aufgestellt war. Auch Paulus (sent. V, 9) spricht davon bei Gelegenheit der praetoriae stipulationes.

129) *a*) Die Kollation hat statt bei der bonorum possessio contra tabulas: *Ulp. XXVIII*, 4: Emancipatis liberis datur bonorum possessio [scil. contra tabulas], si parati sunt cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona, quae moriente patre habuerunt, se collaturos. *Fr. 1 p. de collatione (Ulp.):* Hic titulus manifestam habet aequitatem; quum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credidit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna. Cfr. Paul. V, 9, 4. *b*) Die Kollation hat ferner statt bei der bonorum possessio Unde liberi: *Coll. XVI*, 7, 2 *(Ulp.):* Suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere, data bonorum possessione: sic tamen, ut bona, si quae propria habent, his qui in potestate manserunt, conferant. Nam aequissimum putavit, neque eos bonis paternis carere per hoc, quod non sunt in potestate neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus. C. 9 de collationibus. Fr. 9 de coll. *c*) Die Kollation hat nicht statt bei successio ex testamento: C. 1 h. tit. *d*) Die Kollation bei der contra tabulas b. p. und bei der Unde liberi war nicht durch ein einziges, sondern durch gesonderte Edikte eingeführt: Fr. 20 § 1 de b. p. contra tabulas. Fein p. 77 ff.

130) Fr. 1 p. Fr. 3 § 2. 3 de collatione. Fr. 20 § 1 de bonorum poss. contra tabulas.

131) Coll. XVI, 7, 2. Ulp. XXVIII, 4. Fr. 1 p. Fr. 3 § 2. 3 de collatione. C. 6 de coll. — Der emancipatus hat kein Anrecht auf Kollation: Fr. 1 § 24 (Ulp. lib. 40 ad ed.). Fr. 2 § 5. Fr. 3 § 2 de coll. Solchen ganz bestimmten Zeugnissen kann das Beispiel in Fr. 1 § 16 de coniungendis (Ulp.

daß auch sie die bonorum possessio [132], und zwar dieselbe wie der emancipatus [133], sich erbeten haben.

Gegenstand der Kollation ist das gesammte reine Vermögen des Emancipirten (bona sua) [134], nach seinem Stande im Augenblick des Todes des Erblassers [135], desgleichen dasjenige, was beim Tode

lib. 40 ad ed.) um so weniger widersprechen, als dadurch zugleich ein Widerspruch mit dem Principium und mit § 13 der Stelle selbst herbeigeführt würde; das Einfachste ist, mit Vangerow p. 441 eine ungenaue Ausdrucksweise des Juristen anzunehmen und so unter nepotes den Enkelstamm zu verstehen, insoweit er nach den Grundsätzen der nova clausula kollationsberechtiget ist. Ulpian wird um so weniger zur Abwägung der Worte sich veranlaßt gesehen haben, als er gerade des Principium's und des § 13 wegen ein Misverständnis nach dieser Seite hin nicht besorgte.

132) Fr. 1 § 1. 2. Fr. 10 de collatione.

133) Fr. 20 § 1 de b. p. contra tabulas.

134) Bona sua: Fr. 1 p. § 11. Fr. 2 p. § 1. Fr. 3 § 2 de collatione. C. 11 eod. tit. C. 2 si ut omissam. — *a*) Nicht, was keinen vermögentlichen Charakter hat, so die actio iniuriarum: Fr. 2 § 4 de coll. (nach der Litiskontestation gehört diese Klage zum Vermögen, denn es ist von da an ein Geldanspruch vorhanden: Fr. 28 de iniur.). *b*) Nicht solche Dinge, welche nicht zum Vermögen des Konferirenden gehören, so die der Tochter gegebene dos (Fr. 1 § 9 de dotis collatione: „quia in bonis eius non est"), das castrense peculium des Sohnes (Fr. 1 § 22 de coll.). *c*) Der Begriff der bona ist hier der des reinen Vermögens nach Abzug der Schulden: Fr. 2 § 1 de coll. (Illud autem intelligendum est filium in bonis habere, quod deducto aere alieno superest). C. 6 h. tit.

135) Ulp. XXVIII, 4: „moriente patre". C. 6 de coll. C. 2 ut omissam. *a*) Nicht das erst nach dem Tode des Vaters Erworbene: C. 13. 15 de coll. *b*) Das ehemalige castrense peculium des Sohnes hat man dann zu konferiren, wenn man es moriente patre im Vermögen hat: Fr. 1 § 22 de coll. *c*) Die in dem ius postliminii liegende Fiktion wirkt auch hier: Fr. 1 § 17 eod. tit. *d*) Das dem zur Kollation Verpflichteten von einem Dritten für den Zeitpunkt quum pater morietur zugewendete Legat ist zu konferiren, weil man es moriente patre im Vermögen hat, Fr. 1 § 18 eod. tit.; dagegen das für denselben Zeitpunkt hinterlassene Fideikommiß soll nicht konferirt werden, weil es, gemäß der freieren Natur der Fideikommisse, C. 16 de fideic., gleich dem post mortem patris relictum behandelt wird, Fr. 1 § 19 eod. l. (*Cuiacii* observ. III, 34, Fein p. 54 ff.) *e*) Die bedingte Vertragsforderung hat man, auch wenn in dem entscheidenden Zeitpunkt die Bedingung schwebt, zu konferiren (d. h. die Klage zu

des Erblassers durch den dolus des Emancipirten nicht mehr in dem Vermögen desselben sich befand[136].

Die Kollation hat nach dem Edikt zu erfolgen durch recte caveri[137], d. i. durch satisdatio[138]. Das Formular dieser, unter den stipulationes praetoriae verzeichneten[139] stipulatio collationis läßt sich herstellen; es lautete etwa:

Bona, quae moriente patre habuisti[140] dolove malo tuo factum est quominus habueris[141], ex arbitratu boni viri conferri[142] spondes?

Die Ableistung dieser stipulatio cautionalis war nicht als Vor-

cediren), denn auch wenn einem Haussohn in dieser Art versprochen wurde, gehört diese Klage zum Nachlaß des Vaters (Fr. 78 p. de V. O.); nicht aber in gleichem Falle das bedingte Legat, denn die Klage aus diesem ist nicht zum Nachlaß des Vaters gehörig, sie gehört dem Sohn (Fr. 18 de regulis iuris): Fr. 2 § 3 de collatione. *f*) Was die bedingten Schulden des Konferenten anlangt, so hat er diese nicht in Abzug zu bringen, weil er das geschuldete Objekt derzeit in seinem Vermögen hat: aber er konferirt nur gegen cautio defensum iri: Fr. 2 § 1 eod. tit.; wenn dagegen in dem Augenblick, wo der Vater stirbt, die Zahlungspflicht eintritt, dann erfolgt natürlich sofortiger Abzug: Fr. 11 p. eod. tit. Fein p. 59 ff.

136) *a*) Der dolus ist die Absicht, dem suus heres das Kollationsobjekt zu entziehen. *b*) Nur das gehört hierher, was durch den dolus emancipati aus dem Vermögen herauskam, nicht auch was der Emancipirte in jener Absicht nicht erwarb: nam hic et sibi insidiatus est. *c*) Alles, was anders als durch jenen dolus emancipati aus dem Vermögen herauskam, ist überhaupt nicht Kollationsobjekt: Fr. 1 § 23 de coll.

137) Fr. 1 § 9 de coll.

138) So verstand das die Interpretation ursprünglich ausschließlich: Fr. 1 § 9 cit. Paul. V, 9, 4.

139) Sie erfolgt ex forma iurisdictionis: Fr. 5 § 1 ut legatorum; ex forma edicti perpetui: C. 9 de coll. (cfr. Fr. 14 qui satisdare. Fr. 52 p. de V. O.) Von Demjenigen, welcher ihre Ableistung nach erlangter bonorum possessio verweigert, heißt es formam possessionis conservare noluit: Fr. 8 de coll.

140) Ulp. XXVIII, 4. Fr. 1 § 17—22. Fr. 2 p. de coll. C. 6. 15 eod. tit.

141) Fr. 1 § 23 de collat.

142) Fr. 2 § 2. Fr. 5 § 1 eod. tit. Cfr. Fr. 5 § 1 de dotis collat.

bedingung für Gewährung der bonorum possessio im Edikt aufgestellt, sondern als Rechtspflicht Dessen, der die bonorum possessio empfangen hatte[143]. Das ist natürlich; denn für die Ertheilung der bonorum possessio an den emancipatus ist weder die Gegenwart des suus wesentlich, noch ist überhaupt vorauszusehen, ob der letztere die bonorum possessio ebenfalls bitten werde oder nicht.

So weit das Edikt. Die Interpretation erkannte[144] als den der Kollation zu Grunde liegenden, nächsten Gedanken, daß der emancipatus nicht besser gestellt sein dürfe als der suus[145]. Aber damit sich nicht begnügend fügte sie als ein weiteres, für die Entwickelung des Instituts besonders fruchtbares Prinzip den Satz hinzu, daß die Kollation bestimmt sei, eine theilweise Sühne zu bilden für die, dem suus von dem emancipatus durch die bonorum possessio zugefügte iniuria, d. i. für die Schmälerung des civilen Erbrechts durch das prätorische[146]. Zu dieser Auffassung war die Interpretation nicht etwa blos durch die Anschauungen der Zeit berechtiget, welche offenbar dem civile ius gegenüber noch eine gewisse Scheu beobach-

143) *Fr. 3 p. de collat.:* Praetor non sub conditione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit, sed demonstrat, quid data bonorum possessione fieri oportet. Ulp. XXVIII, 4 (si parati sunt cavere). Wenn Paulus (V, 9, 4) sagt, die Kaution müsse von den emancipirten Kindern geleistet werden, antequam bonorum possessionem petant, so ist das offenbar nur ein ungenauer Ausdruck. Die Regel ist die im Text angegebene; wenn jedoch sofort bei der Bitte um die bonorum possessio die Kautionspflicht feststeht und die Berechtigten anwesend sind, so macht der Prätor ihre Ableistung zur Vorbedingung, in dem Fall der Nichtleistung die bonorum possessio selber verweigernd: Fr. 8 de coll. [Daß dieses Fragment von der Verweigerung der Kaution vor Zutheilung der bonorum possessio rede, nicht nach derselben, dafür spricht einmal die Bezeichnung delata possessio, sodann die Aufwerfung der Frage, ob der Betreffende die bonorum possessio repudiirt habe; denn man kann nur die angebotene bonorum possessio repudiiren, nicht aber von der erworbenen sich frei machen durch Repudiation. Vergl. auch Fein p. 92.]

144) Vergleiche den Aufsatz in dem vierten Band des Jahrbuchs des gemeinen Rechts: „Ueber das Prinzip der prätorischen Kollation."

145) Coll. XVI, 7, 2 (s. Anm. 127). Vergl. Fr. 1 p. de collat.

146) Fr. 10 de collat. Fr. 1 § 13 de coniungendis.

tete; sie konnte dieselbe auch in dem Edikt selber mittelbar ausgedrückt finden, weil der Satz, wonach dem emancipatus nicht konferirt wird, in diesem Sinne sich deuten ließ.

Aus diesem Prinzip erklärt sich der, nicht selten als eine Unbegreiflichkeit hingenommene, den emancipatus sehr wesentlich benachtheiligende Grundsatz, wonach die Theilung der zu konferirenden Gegenstände überall, also auch wenn mehrere emancipati neben einander zur Erbfolge kommen, so zu erfolgen hat, wie wären der Verletzte und der einzelne Verletzer die einzigen Erben [147]; der Emancipirte gilt eben als einer, der auf vollkommene Gleichheit keinen Anspruch machen darf, weil er ein Unrecht gut zu machen hat.

Als Ausfluß desselben Prinzips ist ferner der Satz zu betrachten, daß, wenn mehrere sui vorhanden sind, lediglich demjenigen derselben zu konferiren ist, welchem der emancipatus Konkurrenz macht [148].

Eben daraus folgerte man endlich zu Gunsten des emancipatus, daß er dem suus überhaupt nur dann zur Kollation verbunden sei, wenn er durch seine Konkurrenz denselben in seinem civile ius wirklich beeinträchtiget habe [149].

---

147) Fr. 1 § 24. Fr 2 § 5. 7. Fr. 3 § 2 de collatione.

148) Demgemäß konferirt der emancipirte Enkel zunächst nur seinen, in der Gewalt des Großvaters gebliebenen Geschwistern (Fr. 1 § 2 de dotis collat.); desgleichen nach einer ausdrücklichen, in demselben Sinn erlassenen Bestimmung der nova clausula der emancipirte Sohn nur seinen, in der Gewalt des Großvaters gebliebenen Kindern: Fr. 5 p. si tabulae. Fr. 1 p. § 13 de coniungendis. Fr. 1 § 3. Fr. 3 § 6. Fr. 9 de collatione.

149) Das Prinzip spricht Ulpian als ein wissenschaftliches Ergebniß in Fr. 1 § 5 de collat. folgendermaßen aus: Toties igitur collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati; ceterum si non est, collatio cessabit. *a*) Demgemäß fällt die Kollationspflicht weg, wenn die bonorum possessio des Emanzipirten dem suus heres Nutzen gebracht hat (Fr. 20 p. § 1 de b. p. contra tabulas. Fr. 1 § 4 de collat.). *b*) Eben deshalb fällt sie weg, wenn der Emanzipirte durch die contra tabulas b. p. nicht mehr erhielt, als ihm durch das Testament zugedacht war (Fr. 1 § 6. 7 de collat.). *c*) Endlich liegt auch die Entscheidung von Fr. 1 § 3 eod. tit. [Si ex dodrante fuit institutus filius, qui erat in potestate, extraneus ex quadrante, emancipatum accipientem contra tabulas pro qua-

Weiter verstand es sich, seitdem man die contra tabulas bonorum possessio auch anderen, nicht in der Gewalt des Erblassers befindlichen Kindern als den emancipirten einräumte, ziemlich von selber, daß diese Rechtsausdehnung auch die Kollationspflicht zur Begleiterin habe[150]. Steht der Zugelassene seinerseits in der Gewalt eines Anderen, so konnte eine verständige Interpretation unter dem conferre bona sua nicht füglich etwas Anderes verstehen, als die Pflicht des Gewalthabers, so viel zu konferiren, als er bis zur Todeszeit des Erblassers durch den Berufenen erworben und von dem Erwerb noch hat: ein Reskript der Divi Fratres aber erkannte in dieser Beziehung ausdrücklich an, daß die Kollationspflicht dann überhaupt wegfalle, wenn der Gewalthaber freiläßt, damit der Emancipirte für sich selber erwerbe[151].

---

drante tantum bona sua collaturum Iulianus ait, quia solum quadrantem fratri abstulit. Argumentum pro hac sententia affert Pomponius, quod filius emancipatus nepotibus ex se natis solis conferre cogitur] einfach innerhalb dem Bereich des Prinzips, so wie es lautet. Denn wenn dem suus dann nichts zu konferiren ist, wenn ihm der emancipatus nichts von seinem civilen Erbe entzog, so wird es folgerichtig sein, daß der Emancipirte dann, wenn die ihm durch die bonorum possessio zufallende Quote nicht ganz aus dem civilen Erbtheile des suus heres entnommen wird (der civile Erbtheil des suus war in dem vorliegenden Fall drei Viertheil der Erbschaft), auch nur nach Maßgabe der Quote konferirte, die er durch seine bonorum possessio dem suus entzogen hat. [Mit Recht weist daher Vangerow p. 445 alle gesuchten Interpretationen zurück, welche der Stelle eine andere Deutung unterlegen wollen als die durch ihre Worte einfach gegebene und durch den Zusammenhang deshalb geradezu gebotene, weil der Grundsatz von § 5 aus den unmittelbar vorher erörterten Fällen (§ 3. 4) abgeleitet wird. Auch ist diese Entscheidung mit dem Satz der vorhergehenden Anmerkung keineswegs unvereinbar; wer in einer Beziehung hart behandelt wird, wird es deshalb noch nicht in jeder andern.]

150) *a*) Fr. 1 § 14. Fr. 5 p. de collat. Fr. 2 de dotis collat. *b*) Fr. 5 p. cit. Fr. 4 de coniung. Fr. 6 si tabulae. *c*) C. 18 de collat.

151) Die hierher gehörigen Stellen sind Fr. 6 si tabulae (Ulp. lib. 39 ad ed.); Fr. 1 § 14 de collat. (Ulp. lib. 40 ad ed.); Fr. 5 p. de collat. (Ulp. lib. 79 ad ed.); Fr. 4 de coniung. (Mod. lib. 6 Pand.). *a*) Die Kollationspflicht war bei den in adoptiva familia Befindlichen von Anfang an anerkannt (Fr. 1 § 14. Fr. 5 p.: sie wurde zur Zeit der Divi Fratres als gewiß vorausgesetzt).

Daß die Kollation nur dann zu gewähren war, wenn beide Theile die bonorum possessio nachgesucht hatten, lag zwar in dem, von dem Edikt gewählten Ausdruck begründet, aber ein innerer Grund bestand dafür keineswegs. Wenn der suus neben dem emancipatus zur Erbfolge kommt, ohne die bonorum possessio ebenfalls gebeten zu haben, so war diese Unterlassung durch Entziehung des Rechts auf Kollation ganz unverhältnismäßig bestraft. Demgemäß benutzte die Interpretation eine, von Divus Pius in Bezug auf die dotis collatio erlassene Entscheidung zu dem Ausspruch, daß jenes Recht von der Bitte um die bonorum possessio unab-

---

b) Seitdem man den Enkel in des Großvaters Gewalt zur bonorum possessio zuließ gegenüber dem Nachlaß seines emancipirten Vaters, ging man natürlich auch in diesem Punkt von dem gleichen Satze aus: und das erkannten die Divi Fratres in einem besonderen Reskript ausdrücklich an (Fr. 5 p. Fr. 6. Fr. 4). c) Das Objekt der Kollation wird auch hier gemäß dem Ausdruck des Edikts bezeichnet durch bona sua (Fr. 4. Fr. 5; bona schlechthin hat Fr. 6). Zwar hat man annehmen wollen, das bedeute, der Gewalthaber sei sein ganzes Vermögen einzuwerfen verpflichtet, allein diese, der Gerechtigkeit ebenso sehr wie den Worten der Stipulation (ex arbitratu boni viri conferre) widersprechende, dem praktischen Sinne der Römer fern liegende Interpretation würde in der Regel zur thatsächlichen Vereitelung der Erbberechtigung selber geführt haben. Die Meinung ist offenbar: das, was der Gewalthaber durch den Betreffenden erworben (vergl. Vangerow p. 443). *d*) Das Reskript der Divi Fratres, von dem Fall sub b redend, fügte hinzu: der Gewalthaber ist jedoch dann von der Kollationspflicht frei, wenn er den Delaten emancipirt, damit dieser für sich selbst erwerbe (Fr. 5 p.; Fr. 4 nennt nur den einen kaiserlichen Bruder; Fr. 6 erwähnt überhaupt gar nicht des kaiserlichen Reskripts: aber die nahezu wörtliche Uebereinstimmung mit Fr. 5 p. beweist die Gleichheit der Grundlage. Dabei mag bemerkt werden, daß in dem letzten Fragment der Anschluß an die kaiserlichen Worte bis zu possit venire reicht, nicht blos, wie z. B. die Kriegel'sche Ausgabe annimmt, lediglich bis zu dem vorhergehenden Satz). *e*) Die Interpretation übertrug den letzten Satz auch auf den Fall sub a (Fr. 1 § 14 nennt geradezu das Reskript der Divi Fratres, dagegen Fr. 5 p., genauer redend, sieht darin eine Folgerung aus jenem. Die Voraussetzung von Fr. 1 § 14, daß die Emanzipation sine fraude, und von Fr. 5 p., daß sie sine dolo erfolgt sein müsse, findet ihre Erklärung in den Worten des Reskripts: ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum possessionis perveniat).

hängig sei[152]. Wer einmal diesen Satz aufstellte, der mußte konsequenter Weise die Kollation auch dann für geboten halten, wenn suus und emancipatus zwei verschiedene bonorum possessiones neben einander erhalten haben[153].

Jene Bestimmung des zu konferirenden Objekts durch den allgemeinen Ausdruck bona sua war zu der Zeit vollkommen angemessen, als umgekehrt der gesammte Erwerb des suus in das Vermögen des paterfamilias fiel und mithin als Theil der paterna hereditas auch dem erbenden emancipatus zu Gute kam. Nachdem jedoch dieser Satz für den Haussohn anfing verlassen zu werden, konnte sich die Jurisprudenz der Erwägung nicht verschließen, daß im Sinne des Edikts selber eine ähnliche Modifikation des Kollationsobjekts einzutreten habe. Wir finden daher als leitenden Grundsatz ausgesprochen: der im Allgemeinen Kollationspflichtige konferirt alles Dasjenige nicht, was er anderen Erben gegenüber im Voraus haben würde, wäre er Haussohn des Erblassers gewesen bis zu dessen Tod[154]. Welche diese Gegenstände im Einzelnen seien, ist genau genommen keine Frage der Kollationslehre. Zweierlei

152) Fr. 1 p. de dotis collat. Fr. 10 de collat. (Scaev.) Julian kennt diesen Satz noch nicht: Fr. 1 § 8 de collat. Jahrb. a. a. O. p. 118.

153) Fr. 20 § 1 de b. p. contra tabulas ist keineswegs dagegen, sondern beruft sich lediglich auf die Fassung des Edikts in einem besonderen Fall, wo die Kollation an und für sich in der Billigkeit nicht begründet schien.

154) Fr. 2 § 3 de collat. Fr. 52 § 8 pro socio. Fein p. 61 erklärt sich gegen die gewöhnliche Fassung dieses Satzes: „der emancipatus braucht alles das nicht zu konferiren, worin der suus gleiche Erwerbsfähigkeit mit ihm hat" und empfiehlt dafür den Ausdruck, „der Emancipirte braucht alle diejenigen Objekte nicht zu konferiren, auf welche seine Miterben, auch wenn er suus wäre, keinen Anspruch machen könnten." Sein Rezensent Pfordten (krit. Jahrb. von 1844 p. 874) nimmt wiederum die alte Ausdrucksweise in Schutz. Eine untergeordnete Differenz lediglich formaler Natur. Die römischen Juristen begründen die Ausnahme von der Kollation durch die Worte: quia, etsi in potestate fuisset, ipse haberet actionem (Paulus) und: quia, etsi in potestate maneret, praecipua ea haberet (Papinianus, Ulpianus), endlich sagt Justinian in C. 21 de collationibus: res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant.

gehört hierher: einmal derjenige Erwerb, welchen man als Haussohn nicht für den paterfamilias macht, sondern für sich selber [155]; sodann Dasjenige, was der Haussohn zwar dem Vater erwirbt, was er jedoch bei Beerbung des Vaters so voraus erhält, wie wäre es ihm prälegirt [156]. Zu dem Letzteren gehört namentlich die für die Frau des Haussohns bestellte dos [157], desgleichen was ihm vom Vater dignitatis nomine gegeben oder versprochen worden war [158]. In erster Beziehung macht das castrense peculium in der ersten Kaiserzeit den Anfang; ihm folgt das quasi castrense peculium [159]. Wie allmälig das adventitium peculium sich herausbildete und seinen Abschluß in Justinian's Bestimmung fand, wonach aller Erwerb des Hauskindes, welcher weder zum castrense vel quasi castrense noch zum profectitium peculium gehört, in der Art Eigenthum des Kindes sein soll, daß der Niesbrauch davon dem Vater zusteht [160], darf hier als bekannt vorausgesetzt werden. Für die Kollation war die Folge davon die Anerkennung des Satzes, daß der Emancipirte im Allgemeinen nur noch zu konferiren hat, was zum profectitium peculium gehören würde, wäre er in der väterlichen Gewalt geblieben; so daß bei Justinian als Kollationsobjekt bezeichnet wird, was der Emancipirte bei der Emancipation oder nach derselben vom Vater zum Geschenk erhält [161]. Nur über

155) Vergl. C. 21 de collationibus.

156) Fr. 51 p. familiae erciscundae.

157) Fr. 3 § 4 de collat. hat als Grundsatz: Quare sicut is, qui in potestate est, dotem uxoris praecipit, ita emancipatus quoque quasi praecipiat retinere debet. Vergl. Fr. 1 § 20 eod. tit.

158) Fr. 1 § 16 eod. tit. Cfr. Fr. 20 § 6. 7 familiae ercisc. C. 1 de periculo success.

159) Paul. V, 9, 4. Fragm. de iure fisci § 10. Fr. 1 § 15 de collat. Fr. 52 § 8 pro socio. Fr. 54 ad senatuscons. Trebell. Fr. 4 p. de castr. pecul. C. 21 de collat.

160) C. 6 p. C. 8 p. de bonis, quae liberis.

161) C. 17. C. 21 de collationibus. Das erste Gesetz, den Namen des Kaisers Leo an der Stirn tragend, sagt, nachdem es vorher von der Kollation der dos und der propter nuptias donatio gehandelt, am Schluß: emancipatis

einen Punkt läßt sich streiten. Da dem Vater an den Adventitien des Haussohns der Niesbrauch zusteht, also die Früchte derselben in der väterlichen Erbschaft enthalten sein können: hat deshalb der Emancipirte nicht ebenfalls die Früchte solcher Sachen zu konferiren, so weit er sie im entscheidenden Augenblick noch in Händen hat? Ich bin der Meinung, daß diese Frage ebensowohl nach Maßgabe des Prinzips, wovon sich die Jurisprudenz in der Kollationslehre leiten ließ (denn die gegentheilige Annahme enthält eine Begünstigung des Konferenten) als nach dem Stande der Quellen zu bejahen sei[162].

Der Sinn der stipulatio collationis ist an sich klar. Der ihr beigegebene Zusatz ex arbitratu boni viri verändert natürlich den Charakter der, aus der Stipulation folgenden Klage als einer actio

---

videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur vel post emancipationem ab iis acquisierint, collaturis. Aber diese Bestimmung rührt erst von Justinian in C. 21 her; daher ist C. 17 interpolirt. — Darin, daß der emancipatus diese väterlichen Geschenke zu konferiren verbunden ist, scheint eine Zurücksetzung desselben und eine Abweichung vom Prinzip deshalb zu liegen, weil die dem suus vom Vater gemachten Schenkungen durch den Tod des Schenkers unwiderruflich werden. [Dieser Satz ist durch eine Reihe von Zeugnissen festgestellt, vergl. z. B. die Citate bei Vangerow p. 449; von den verschiedenen Versuchen, die entgegenstehende C. 13 h. tit. zu beseitigen, halte ich die in älterer Zeit von Ranchinus, in neuerer von Pfordten befürwortete Veränderung von nam in nec für den einfachsten und besten; denn ñ bedeutete bekanntlich beides, nam und nec.] Aber es ist das deshalb nicht der Fall, weil die dem Hauskind von dem Vater gemachte Schenkung nach der Intention des Schenkers selber den Charakter einer mortis causa donatio, die dem Emancipirten gemachte den einer gewöhnlichen Schenkung hat, in jener also die Bestimmung des Vaters zu erkennen ist, es solle dieser Sohn die geschenkte Sache bei der Theilung des Nachlasses voraus haben. Fein p. 125, Vangerow p. 451.

162) Die meisten Neueren theilen diese Ansicht — so Francke, Arndts, Fein — während Vangerow hinwiederum Bedenken äußert. — Justinian's C. 21 berührt die Frage nicht, weil sie sich überhaupt aller Details enthält; aber die Kollation dieser Früchte liegt in dem Prinzip der Konstitution (wenn sie es auch nur negativ zum Ausdruck bringt ut res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant) und hat in den Basiliken geradezu Anerkennung gefunden (41, 7, 26).

stricti iuris nicht; er verordnet lediglich, daß das zu leistende Objekt nach den Grundsätzen der bona fides zu bestimmen sei[163]. Auch nachdem das Kollationsobjekt nicht mehr das ganze Vermögen des Konferenten umfaßte, bedurften die Worte des Stipulationsformulars bona sua keiner Veränderung; denn jener beschränkende Satz der Interpretation, daß der emancipatus nicht konferire, was der suus für sich selber erwerbe, war im Gegentheil ein Ausfluß jener Stipulationsworte: ex arbitratu boni viri conferri. Dieser Zusatz gab auch die Entscheidung für die von der Todeszeit des Erblassers bis zur Zahlung aus der Stipulation mit dem Kollationsobjekt vorgegangenen Veränderungen: denn nach demselben hat der Verpflichtete zwar das zu leisten, was davon durch seinen dolus oder seine culpa, nicht aber was durch Zufall zu Grunde gegangen ist[164]. Endlich hat der Promissor, wie gewöhnlich, zu zahlen nach von

163) Gerade diese Fassung der Stipulation spricht für die, in der vorigen Anmerkung vertretene Ansicht.

164) *Fr.* 2 § 2 *de collat.:* De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cuius detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant, ea quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere; et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus praetor viri boni arbitratu iubet conferri bona; vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id, quod nec habet nec dolo nec culpa desiit habere. Fein p. 98 ff., überall von dem Grundsatze geleitet, daß der Emancipirte so zu behandeln sei als ob er noch suus wäre und sich erinnernd, daß die Miterben bei der actio familiae erciscundae nach Analogie der socii beurtheilt, lediglich für levis culpa in concreto einzustehen verbunden sind (Fr. 16 § 4. Fr. 25 § 16, 18 familiae ercisc.), behauptet, daß demnach hier von dem Emanzipirten nur für culpa in concreto gehaftet werde. Obgleich er für diese Ansicht von gewichtiger Seite Zustimmung erhalten hat (Vangerow p. 443), kann ich sie doch nicht für richtig halten. Denn einmal halte ich das ganze Fundament der Deduktion für unstatthaft (vgl. die in Anm. 144 angeführte Abhandlung); sodann handelt es sich hier nicht um die Herbeiholung einer Analogie, sondern um die Auslegung der maßgebenden Stipulationsworte ex arbitratu boni viri, welche diese Auffassung nirgends unterstützen; endlich wissen wir, daß der konferirende Emancipirte nicht etwa günstig wie der socius, sondern wie ein solcher behandelt wird, der ein Unrecht gut zu machen hat: und schon dieser letzte Umstand schließt meines Dafürhaltens die Fein'sche Auslegung aus.

Seiten des Stipulator erfolgter Aufforderung; diese aber soll, da ein bonus vir für eine derartige Leistung eine Frist gewähren wird, erst nach einem mäßigen, verhältnismäßigen Zwischenraume erfolgen dürfen[165]. Das Endurtheil aus dieser Stipulation geht nach den Regeln des Formularprozesses natürlich auch hier auf Geld[166].

Das Edikt sprach lediglich von Kollation durch Kaution[167]. Die aufgelegte Pflicht des recte caveri wurde zunächst auf Bestellung von Bürgen bezogen; die Interpretation war jedoch darüber einig, daß auch Pfandbestellung genügen müsse[168]. Wenn nachträglich der bonorum possessor dieser Pflicht des recte caveri nicht nachkommt, so ist denegatio actionum die allgemeine Folge, möge der Grund dieser Nichtleistung in Armuth liegen oder in bösem Willen[169]. Jene Verweigerung der Klagen geschieht zum Vortheil des Kollationsberechtigten[170], an ihn und an ihn allein erfolgt translatio possessionis in der Form der Gewährung der Erbschafts-

---

165) *Fr.* 5 § 1 *de collat.:* Stipulatio autem collationis tunc committitur, quum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non facit, maxime quum boni viri arbitratu collationem fieri edicto praetoris insertum est.

166) *Fr.* 5 § 3 *de collat.:* Et sive quis non conferat ex hac stipulatione sive dolo fecerit quominus conferat, quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnabitur. Aus dieser Stelle läßt sich zugleich schließen, daß das Objekt nicht, wie etwa bei der stipulatio ex operis novi nuntiatione alternativ, sondern einfach auf bona conferri gerichtet war.

167) Fr. 1 § 11 de collatione.

168) Ulpian beruft sich für diese Auslegung auf die Auktorität von Pomponius: Fr. 1 § 11 eod. tit.

169) Fr. 1 § 10. 13. Fr. 2 § 8 de collat. Fr. 5 § 1 ut legatorum. Nur insofern macht die Interpretation einen bedeutsamen Unterschied, als, wo bei lediglich theilweiser Nichtleistung der Kaution der Grund im Unvermögen des Verpflichteten liegt, auch nur theilweise Verweigerung der Klagen eintreten soll, während, wo böser Wille das Motiv ist, stets unbedingte und unbegrenzte Verweigerung der Klagen gelten, also Strafe für Unrecht statt haben soll: Fr. 1 § 13. Nachträgliche Ableistung der Kaution bringt regelmäßig die Klagen sogar bei contumacia: Fr. 1 § 10 [hier wird übrigens anstatt Quodsi per contumaciam actiones denegatae sunt zu lesen sein propter contumaciam; in dem kopirten Manuskript stand ppter]. Fr. 8.

170) Fr. 2 § 8. Fr. 3 p. de collatione.

klagen auch für diesen Theil[171]. Dabei besteht der Unterschied, daß, wenn lediglich in dem Unvermögen der Grund für jene Unterlassung liegt, die Translation nur gewährt wird gegen die Kaution des suus, daß er restituiren werde, sobald der Kautionspflicht nachträglich Genüge geschieht[172]. Sollte freilich in diesem Fall der suus kautionsunfähig sein, so bleibt nichts übrig, als daß ein Sequester von den Parteien gewählt werde, welcher den betreffenden Erbschaftstheil vorläufig in Besitz und Verwaltung nimmt[173]. Endlich sagte die Jurisprudenz, namentlich nach dem Vorgange von Pomponius, es müsse die Kollation auch in anderer als der ediktmäßigen Form möglich sein, nämlich durch sofortige thatsächliche Leistung der conferenda, also durch Theilung derselben mit dem Kollationsberechtigten: dieses jedoch mit der vernünftigen Beschränkung, daß eine jede Kollationspflicht nur dann hinwegfalle, wenn die Parteien über den Betrag der zu konferirenden Dinge einig sind[174].

Nicht mit derselben Dringlichkeit, wie sie bei der collatio emancipatorum obwaltete, dennoch aber in nahe liegender Weise, trat der Prätor einer zweiten verwandten Frage entgegen. Das Civilrecht selber nämlich (nicht, wie dort, eine Bestimmung des Edikts) führte, wo Haustochter und Haussohn gemeinschaftlich ihren Vater beerbten, in einem bestimmten Fall zu einer Ungleichheit beider, und zwar, in ziemlichem Widerspruch mit den sonst von demselben befolgten Grundsätzen, gerade zu Ungunsten des letzteren. Während der gesammte Erwerb des Haussohns in der paterna

171) Fr. 2 § 9 eod. tit.

172) Fr. 5 § 1 ut legatorum. Fr. 2 § 9 de collat. Die letzte Stelle hebt besonders hervor, daß dem armen bonorum possessor für Herbeischaffung der Bürgen eine Frist zu gestatten, die translatio possessionis auch innerhalb dieser für diejenigen Dinge, welche dem Verderben ausgesetzt sind, gegen Kaution zu gewähren sei.

173) Fr. 5 § 1 ut legatorum. Fr. 1 § 10. 13 de collat. Vergl. Muther, Sequestration p. 178. 179.

174) Paul. V, 9, 4. Fr. 1 § 11. 12 de collat.

hereditas schlechthin enthalten war, bestand mit dem Tode des Vaters für die verheirathete Tochter die Möglichkeit, diejenige dos, welche ihr, sei es als profectitia oder als adventitia, bestellt worden war, nunmehr für sich einklagen zu können und also dieselbe vor ihren Geschwistern sowohl bei der civilen Notherben- wie bei der civilen Intestaterbfolge voraus zu erhalten. Um dieses Misverhältnis zu beseitigen, verordnete das Edikt in einer eigenen, wahrscheinlich an die, von der collatio emancipatorum handelnde Stelle in kurzem Ausdruck sich anschließenden Klausel, daß der sua, welche durch den Tod des Vaters das ausschließliche Recht auf die Dotalklage erhielt, die Pflicht der collatio dotis in ähnlicher Weise obliegen solle, wie dem emancipatus die seines ganzen Vermögens. — Die Interpretation findet auch in diesem Institut die prätorische Absicht, eine iniuria zu beseitigen. Nur hat die letztere hier nothwendig deshalb einen anderen Charakter als bei der collatio emancipatorum, weil es sich nicht um eine, dem heres durch das prätorische Erbrecht, sondern um eine, dem heres durch das civile ius zugefügte, materielle Verletzung handelt[175]. Gerade aber, weil man sich hier auf dem Gebiete des civile ius bewegt, deshalb war auch eine andere Analogie nahe gelegt. Wie der Vater (oder ein Anderer an seiner Stelle) der sich verheirathenden Haustochter die dos, so pflegte derselbe seit alten Zeiten dem herangereiften Haussohne ein peculium zu überlassen: man konnte daher für die Entwickelung der collatio dotis nicht blos an die collatio emancipatorum als ediktsäßiges Muster sich halten, sondern auch auf das Schicksal des in der paterna hereditas vollständig aufgehenden peculium profec-

175) Fr. 3 de dotis collat. (Ulp.). Der Analogie der collatio emancipatorum folgend, könnte man auf den Gedanken gerathen, daß auch die collatio dotis die Bestimmung haben müsse, eine durch das prätorische Recht (also durch die der sua gewährte bonorum possessio) dem heres zugefügte iniuria zu beseitigen. Aber einer solchen Auffassung steht, wenn sie auch mit der bonorum possessio contra tabulas sich vertragen würde, die bonorum possessio Unde liberi entgegen, weil durch die Gewährung dieser an die sua das Intestaterbrecht des suus nicht beeinträchtiget wird.

titium des Haussohns als eine wohl zu beachtende Analogie hinweisen[176]. Auf dieser doppelten Basis sehen wir das Institut sich entwickeln.

Zur Kollation verpflichtet ist die sua[177], und zwar wegen der dos adventitia eben so gut, wie wegen der profectitia[178], vorausgesetzt nur, daß ihr die Rückforderungsklage der dos zusteht[179]. Sie ist es nur als Noth- und als Intestaterbin des Vaters, nicht aber

176) Das thun die Kaiser Diokletian und Maximinian in C. 12 de collationibus.

177) Fr. 1 § 2. Fr. 5 p. Fr. 9 de dotis collat. Fr. 23 si quis omissa. Bei der emancipata bedarf es keiner besonderen collatio dotis, sie ist in der collatio bonorum enthalten: Fr. 1 § 2. Fr. 2 de dotis collat.

178) Dafür spricht nicht blos die Natur der Sache, insbesondere die Vergleichung mit dem peculium, wir haben auch ausdrückliche Zeugnisse: Fr. 1 § 17 de dotis collat. C. 4 de collat. Namentlich die letzte Stelle (Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant vel contra tabulas petant; nec dubium est, profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam, fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.) setzt den Satz des Textes außer Zweifel, trotz ihrer theilweise inkorrekten Fassung. Denn daß die Worte seu adventitiam in den Text gehören, wird durch den, im Schluß ausgesprochenen Gegensatz profectitiam tantummodo erwiesen. Dagegen haben die Worte a patre datam vel constitutam mit Recht von jeher Anstoß erregt (vergl. die Anführungen bei Fein p. 157); denn als ein Prädikat von adventitiam sind sie geradezu fehlerhaft, und sie mit Donellus lediglich auf das entfernte profectitiam zu beziehen, ist einmal willkürlich und dann insbesondere noch deshalb unzulässig, weil sich nicht einsehen läßt, weshalb lediglich von der profectitia sollte gesagt sein, es sei einerlei, ob sie baar ausgezahlt oder auf andere Weise bestellt wurde. Vielleicht sind jene bedenklichen und absolut überflüssigen Worte nichts anderes als ein Glossem, welches die Worte profectitiam seu adventitiam schulmeisterlich etwa so erklärend a patre datam vel aliunde constitutam in verstümmelter Weise in den Text gerieth. — Ob übrigens eine solche dos durch Baarzahlung bestellt wurde oder durch ein noch nicht erfülltes Versprechen, ist, wie schon erwähnt, gleichgültig. Ist das letztere bedingt abgegeben und die Bedingung noch nicht erfüllt, so hat die Frau dafür Kaution zu leisten, daß sie konferiren werde, sobald sie dotirt ist: Fr. 1 § 1. 7. 8 de dotis collat.

179) Fr. 1 § 1 de dotis collat.

wo sie aus dem Testament desselben berufen ist[180]. Sie ist es weiter ursprünglich nur dann, wenn sie die bonorum possessio contra tabulas oder Unde liberi sich erbeten; da jedoch diese, dem Muster der collatio emancipatorum entlehnte Vorschrift hier deshalb handgreiflich unzweckmäßig war, weil die sua regelmäßig auch ohne die genannten bonorum possessiones kraft dem civile ius zur Erbfolge gelangend, nur dann zur bonorum possessio greifen wird, wenn die durch dieselbe gebotenen Vortheile den Nachtheil der collatio dotis überwiegen[181]: so verordnete Divus Pius ganz sachgemäß, daß sie im entsprechenden Fall in ihrer Eigenschaft als heres konferiren müsse, auch ohne die bonorum possessio nachgesucht zu haben. (Wenn Divus Markus beifügte, daß die Abstinenz von der hereditas auch von dieser Pflicht befreie[182], so war das eine ziemlich selbstverständliche Erläuterung.) Endlich führte das oben hervorgehobene Prinzip, wonach die collatio dotis nur dann stattfinden soll, wenn eine Verletzung für den andern Theil vorliegt, zu der Konsequenz, daß die von dem Vater im Testament eingesetzte

180) Fr. 1 § 8. Fr. 3. Fr. 5 p. de dotis collat. C. 4. 5. 8. 14. 16 de collat. Nicht bei der testamentarischen Erbfolge: Fr. 3. Fr. 5 p. cit. C. 7 de collat.

181) Die bonorum possessio contra tabulas brachte der sua ursprünglich den allerdings großen Vortheil, daß sie nirgends auf das civile Akkrescenzrecht beschränkt, dadurch das civiliter gültige Testament beseitigte: diesen Vortheil bringt sie nicht mehr seit Mark Aurel. Ab intestato ist ihr Erbtheil durch die bonorum possessio Unde liberi niemals vergrößert worden. Der zweite, beiden bonorum possessiones gemeinsame, materielle Vortheil besteht darin, daß durch ihre Annahme die sua das Recht sich erwirbt auf die Kollation der etwa miterbenden emancipati. Sie wird also, wo lediglich dieser zweite Nutzen bestand, die bonorum possessio nur dann angenommen haben, wenn der Vortheil aus der collatio emancipatorum den Nachtheil der collatio dotis überwog.

182) Fr. 1 p. Fr. 9 de dotis collat. In Fr. 1 p. beginnt die Angabe Dessen, was Divus Pius reskribirt hat, erst in der zweiten Hälfte; daß schon dieser Kaiser gesagt habe, die Kollationspflicht sei von der Immixtion abhängig, folgt daraus nicht, es ist das eine Bemerkung des Juristen. Fr. 9 zeigt, daß man diese ausdrückliche Anerkennung auf Divus Markus zurückzuführen habe.

sua, welche die b. p. contra tabulas commisso per alium edicto oder aus Irrthum statt derselben die b. p. intestati annahm, dann von der Kollation frei sein müsse, wenn sie dadurch nicht mehr erhielt, als ihr im Testament zugewendet war[183]. — Was die kollationsberechtigten Personen anlangt, so konnte, wer an der Analogie der collatio emancipatorum unbedingt fest hielt, lediglich die sui und suae hierherstellen[184]. Dagegen mußte die Zusammenstellung der dos mit dem peculium zur Theilnahme der emancipati führen; denn daß diese als prätorische Erben an dem peculium des Haussohns participirten, war unzweifelhaft. Daß nun neben der ersten auch diese zweite Ansicht, und zwar schon zur klassischen Zeit, bestand, wird durch das Zeugnis Gordian's außer Zweifel gestellt[185]. Dieser Kaiser selber trifft eine vermittelnde Entscheidung; er bestimmt nämlich, daß dem Emancipirten das Kollationsrecht zwar an der profectitia, nicht aber an der adventitia dos zustehen solle[186]. Die angeführten Berechtigten theilen die zu konferirende

183) Fr. 3. Fr. 5 de dotis collat.

184) Ihre Kollationsberechtigung war immer zweifellos; für die der sui: C. 3. 4. 5 de collat.; für die der suae: Fr. 1 § 3. 4 de dotis collat. Aus der letzten Stelle ergibt sich insbesondere, daß die dotirten suae einander gegenseitig konferiren: und es ist das vollkommen konsequent.

185) C. 4 de collat. (s. Anm. 178). Ein solches direktes Zeugnis kann man nur dann in Zweifel ziehen, wenn man direkte Gegenbeweise hat. Dergleichen gibt es nicht; denn wenn man sich (Fein § 34) zu diesem Behuf auf Fr. 5 de dotis collat. und Fr. 23 si quis omissa berufen will, weil da gelegentlich blos von der Kollation an die Kinder in der Gewalt die Rede ist, so muß ein solches argumentum a contrario gegenüber dem direkten Ausspruch des Kaisers um so mehr verworfen werden, als sich ganz füglich Veranlassungen für diese Exklusivität des Besprechens denken lassen. Mit gleichem Recht ließe sich aus C. 12 folgern, daß sogar noch zu Diokletian's Zeiten die collatio dotis ausschließlich an die sui heredes erfolgt sei; denn auch hier wird das Moment der Hausangehörigkeit des Kollationsberechtigten wiederholt und zwar ganz besonders stark betont.

186) Vielleicht liegt auch für diese Unterscheidung der Grund in der Analogie des peculium. Denn schon hatten zu Gordian's Zeiten die Anfänge des adventitium p. begonnen. Zwar die volle Konsequenz, daß bei Beerbung des

dos nach den bei der collatio emancipatorum geltenden Grundsätzen[187]. Die Form der Kollation war natürlich auch hier im Allgemeinen dieselbe wie in dem Hauptfall. Sie hatte ediktmäßig durch recte cavere zu erfolgen und es bot das Edikt für die hier übliche Stipulation ebenfalls ein Muster[188]. Bestand zur Zeit des Abschlusses jener die Ehe noch, so war offenbar auch nur bedingt zu versprechen[189]. Natürlich hielt die Jurisprudenz auch Realkollation für zulässig[190] und hatte endlich bei verweigerter Kollation auch hier denegatio actionum einzutreten[191].

So viel von der Kollation[192]. Gehen wir nun über zu dem,

Vaters die dos adventitia der Kollation überhaupt zu entziehen sei, wurde erst in viel späterer Zeit bei voller Entwickelung des adventitium p. gezogen. Aber schon damals mochte der Gedanke sich regen, daß, wo die Kollationsberechtigung des emancipatus zum ersten Mal gesetzliche Anerkennung fand, bei ihm wenigstens eine solche Beschränkung am Platz sei.

187) Fr. 1 § 24 de collat. Fr. 1 § 2. 3. 4 de dotis collat.

188) Fr. 1 § 7 de dotis coll. Fr. 20 p. fam. ercisc. Auch in dieser Stipulation wurde das Objekt nach der Todeszeit des Erblassers bestimmt: C. 12 de collat.; auch hier finden wir die Worte arbitratu boni viri mit der daraus sich ergebenden Auslegung: Fr. 1 § 5. 6. Fr. 5 § 1 de dotis collat.

189) Dieser natürliche Satz erhält seine Bestätigung durch Fr. 20 p. fam. ercisc.; denn daraus ergibt sich, daß, wenn constante matrimonio zu konferiren ist, die Stipulation auf das gestellt wird quod a marito recuperatura est. [Die daselbst besprochene stipulatio collationis wird von Ulpian allerdings getadelt, aber nicht wegen des hier entscheidenden Punktes, sondern deshalb, weil das Versprechen lediglich auf den einen Fall verstellt war, wenn sie in eigener Person die dos zurückerhalten würde, nicht auch auf den anderen, wo, weil die Ehe durch ihren Tod sich löst, die dos an ihre Erben fällt.] Mit Recht folgert Fein p. 179 aus dieser Stelle die Unhaltbarkeit der Ansicht, wonach, wenn zur Zeit der Kollationspflicht die Ehe noch besteht, die Frau zu sofortiger unbedingter Kollation verpflichtet sein soll.

190) C. 2. 5 de collat. Fr. 1 § 8. Fr. 9 de dotis collat.

191) C. 8. 13. 14. 16 de collat. Fr. 1 p. de dotis collat.

192) Was die späteren, hier nicht ausführlich zu entwickelnden Schicksale dieses Instituts anlangt, so ist man über die Stellung der collatio dotis im Ganzen einig. Weil seit Kaiser Leo jeder Descendent, welcher irgend einen Ascendenten entweder ab intestato oder gegen das Testament beerbt, die von dem Erblasser ihm gewährte dos oder propter nuptias donatio einwerfen muß, deshalb ist

der hier fraglichen bonorum possessio allein angehörigen edictum de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.

Als der Prätor die Emancipirten zur bonorum possessio contra tabulas berief, war demselben sofort die Frage nahe gelegt: wie soll es mit den, in dem väterlichen Testament angeordneten Legaten gehalten werden? Folgte man der Analogie, welche das civile ius bei Präterition eines suus filius darbot, so war gar keines, nahm man sich dagegen die civile Stellung der sua zum Muster, so waren alle Legate von dem emancipatus zu entrichten. Der Prätor schloß sich an keines dieser beiden Vorbilder vollständig an, sondern verordnete, einen Mittelweg einschlagend, daß nur ganz bestimmte Legate aufrecht zu erhalten seien. Der ihn dabei leitende Grundgedanke ist etwa folgender. Die contra tabulas bonorum possessio hat den Zweck, das natürliche Recht eines, dem Testator von der Natur am nächsten Gestellten wider den Willen jenes zur Geltung zu bringen: aber es soll das nicht auf Kosten solcher, dem Erblasser ebenfalls nahe stehenden Personen geschehen, welche derselbe im Testament ausdrücklich durch Legate honorirt hat. In einer eigenen Klausel des Edikts[193] wurde nämlich vorgeschrieben, was Ulpian offenbar nach dem Muster des zu seiner Zeit gültigen Edikts so darstellt[194]:

Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad

---

die der sua obliegende collatio dotis zu einem speziellen Fall einer allgemeinen Regel herabgesunken. Was dagegen die collatio emancipatorum betrifft, so steht fest, daß dieselbe durch kein Gesetz ausdrücklich beseitigt worden sei. Wider die Annahme einer stillschweigenden Beseitigung durch das Prinzip der Nov. 118 vergleiche den angeführten Aufsatz des Jahrbuchs.

193) Fr. 1 p. de legatis praest. Fr. 2 de coniung. Die bedeutenden Schwierigkeiten dieses Edikts haben ihren Grund viel weniger in der nicht vollkommen sorgfältigen Redaktion desselben (obgleich auch diese ausdrücklich hervorgehoben wird: Fr. 6) als in den, auf dem Wege der Interpretation erfolgenden, bedeutsamen Weiterbildungen, wobei sich von verschiedenen Standpunkten aus verschieden argumentiren ließ.

194) Fr. 1 p. h. tit. (Ulp. lib. 40 ad edictum).

> aliquid novam, ut qui iudicium patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.

Welche Personen zur Auszahlung dieser Legate verpflichtet sind, ist vollständig durch die Worte ausgesprochen qui iudicium patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem; es sind das Diejenigen, welche erst durch die genannte bonorum possessio die Befugnis erhalten haben, das an und für sich gültige Testament außer Wirksamkeit zu setzen[195]. Das paßt vor allen ganz und voll auf Diejenigen, welche der Prätor offenbar vorzugsweise dabei im Auge hatte, auf die emancipati[196]. Ferner folgt aus diesen

---

195) Das verstehen jedoch die römischen Juristen nicht blos formell, sondern auch materiell: wenn der secundum tabulas bonorum possessor, nachdem der Grund für die erbetene bonorum possessio weggefallen, so aufrecht erhalten wird, wie hätte er die contra tabulas erhalten, so unterliegt er auch dem edictum de legatis praestandis: Fr. 5 de bon. poss. secundum tabulas. [Die verschiedenen kritischen Schwierigkeiten dieser Stelle sind nicht von Einfluß auf die vorliegende Frage.] Der Begriff dieser Rescission selbst besteht nicht darin, daß der Antritt der Erbschaft auf Grund des Testaments thatsächlich erfolgt sein müsse; es genügt vielmehr die Möglichkeit dieses Antritts, dessen praktische Wirksamkeit durch die Annahme der contra tabulas b. p. beseitiget worden ist: Fr. 20 § 2 de b. p. contra tabulas. *Fr.* 3 § 7. *Fr.* 4 *de legatis praest.:* Ea autem legata sola praestant, qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, [so interpungirt richtig Bluntschli, während unsere Ausgaben theils einen Punkt, theils ein Kolon statt des Komma zu setzen pflegen und dadurch die Stelle unverständlich machen] verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit [Fr. 4], quum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, quum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. Weil diese Möglichkeit des Antritts die Voraussetzung bildet, deshalb tritt das edictum de legatis praestandis dann nicht in Wirksamkeit, wenn beim Tode des Erblassers keiner der eingesetzten Erben noch am Leben ist: Fr. 10 § 2 de legatis praest.

196) Fr. 6 de legatis praest. [— — saepe animadverti, hanc partem edicti, qua emancipatus accepta contra tabulas bonorum possessione liberis et parentibus legata praestare iubetur — —.]

Worten, daß der filius suus, ingleichen die Postumen durch das hier in Frage stehende Edikt der Regel nach nicht verpflichtet werden; denn da sie, wenn im Testament übergangen, nach den Satzungen des civile ius ab intestato Erben werden, so rescindiren sie nicht erst durch die contra tabulas b. p. das Testament, zahlen also trotz der erbetenen bonorum possessio gar keine Legate [197]. Ebenso klar ist, daß die präterirten filiae suae und nepotes sui dem Edikt anfangs unterlagen; denn erst durch die b. p. contra tabulas rescindirten sie das civiliter gültige Testament. Das hob zwar Mark Aurel zu Ungunsten der Frauen (nicht auch der Enkel) auf, indem er ihnen, sie wiederum nach der Regel des civile ius lediglich behandelnd, die Pflicht, alle Legate zu zahlen, abermals injungirte [198]. Aber wiederum Justinian änderte schlechthin zu Gunsten der Frauen und der Enkel. Da nämlich nach seiner Vorschrift die Präterition der filia sua und der nepotes sui Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat, gleich der Präterition des suus filius; so sind sie damit von selber der Sphäre des edictum de legatis praestandis entrückt; dagegen stellt er die filiae emancipatae wieder unter

---

197) Fr. 15 p. de legatis praest. (Paul.). Fr. 16 eod. (Ulp.). Fr. 17 de iniusto (Pap.). In denjenigen Fällen dagegen, wo ausnahmsweise auch für den suus heres die contra tabulas bonorum possessio das Mittel ist, durch welches er das Testament rescindirt, haftet er folgerichtig auch für die legata ad exceptas personas. Eine ausdrückliche Bezeugung haben wir in Fr. 5 p. de leg. praest. für den Fall, wo der suus institutus die bonorum possessio commisso per alium edicto erhielt; denn wenn gleich hier zunächst nur von der Pflicht des Pupillarsubstituten die Rede ist, so wird doch so unterschieden: von den, dem Pupillus aufgelegten Legaten hat jener als successor des Pupillen nur die ad exceptas personas zu leisten; die ihm selber aufgelegten zahlt er dagegen ganz. — Als die nova clausula Juliani die nepotes sui wiederum neben ihrem emancipirten Vater berief, sprach sie sich über die Legatspflicht jener nicht besonders aus, aber die Jurisprudenz betrachtete als die wahrscheinliche Absicht des Edikts, daß diese Enkel dem edictum de legatis praestandis mindestens ebenso gut unterworfen sein müßten als ihr Vater: Fr. 2 de coniungendis.

198) C. 4 p. de liberis praeteritis (et omnibus legata praestare compellebatur).

das Edikt, denn er stellt sie den filii emancipati gleich[199]. Endlich knüpft sich an die Verschiedenheit der Stellung des filius suus und des filius emancipatus zu diesem Edikt eine Kontroverse der römischen Juristen. Wenn neben dem präterirten suus filius ein emancipatus die contra tabulas b. p. erhält, hat nicht wenigstens dieser die den exceptae personae zugedachten Legate zu bezahlen? Ulpian, von der c. t. b. p. commisso per alium edicto redend, bejaht die Frage[200]; dagegen führt Paulus, von dem emancipatus praeteritus handelnd, eine Meinung an, welche die Frage verneint[201]. Die Verschiedenheit beider Entscheidungen kann nicht füglich durch die Verschiedenheit der behandelten konkreten Fälle hervorgerufen sein[202]; vielmehr ist der Zweifelsgrund in beiden der

199) C. 4 cit.

200) *Fr.* 16 *de legatis praest. (Ulp. lib. 4 disput.)*: Si duo proponantur esse, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apparet, commissum esse edictum per eum, qui in potestate est; et si ambo petiissent contra tabulas bonorum possessionem, is quidem, qui in potestate mansit, quum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata; emancipatus vero numquid nec ipse praestat, quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset? Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata. —

201) Fr. 15 p. eod. tit. (Paul. lib. 41 ad edictum). Ob Paulus selber sich dieser Verneinung hier anschließe, ist bestritten, aber zu läugnen. Denn daß die hierher gehörigen Worte [Unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is, qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam, quum, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset] lediglich als ein parenthetischer Zwischensatz zu fassen seien, dafür spricht die Wendung Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? durch welche in gewöhnlicher Art nach einer Abschweifung auf die Hauptfrage der Stelle, nämlich auf die Pflicht des suus den Legataren gegenüber, zurückgegangen wird, ohne daß die in dem Zwischensatz referirte Ansicht einer Kritik unterworfen wird. (Vergl. die bei Hingst p. 204 Angeführten.) — Daß Papinian dieser Ansicht gehuldiget habe, geht aus Fr. 17 de iniusto ebenfalls nicht mit Sicherheit hervor.

202) Manche, z. B. Mühlenbruch p. 28 ff, nehmen das an; aber auch abgesehen von dem, im Text angeführten sachlichen Grunde, zeigen die in beiden Stellen gebrauchten Wendungen (verius est — quidam existimant), daß es sich in beiden um bestrittene Fragen handele.

gleiche. Da nämlich hier wie dort der emancipatus das Testament nicht erst durch seine bonorum possessio rescindirt, weil es wegen der Präterition des suus filius civiliter nichtig ist, er also lediglich das civile Recht des suus schmälert, nicht aber das civile Recht der Legatare: so ließ sich mit formeller Konsequenz behaupten, daß er demgemäß von der Pflicht der Legatenzahlung frei sein müsse[203]. Dem aber konnte entgegnet werden, es sei das edictum de legatis praestandis das allgemeine Maß, unter welchem dem emancipatus die Theilnahme am Erbrecht überhaupt gestattet werde, es habe jenes Edikt kaum einen geringeren Grad von Billigkeit für sich, als die contra tabulas bonorum possessio selber: und es begreift sich, daß diese Auffassung das Uebergewicht sich erwarb.

Diese, dem edictum de legatis praestandis unterliegenden bonorum possessores leisten insgesammt die aufrecht zu erhaltenden Legate ein jeder nach seiner vom Prätor ihm zugetheilten Quote[204]. Eine Regel, welche insbesondere auch dann anerkannt wird, wenn unter den mehreren contra tabulas bonorum possessores sich solche befinden, welche, zu Erben eingesetzt, für ihre Personen mit bestimmten Legaten ausschließlich belastet waren[205]: offenbar mit Recht, denn der Verpflichtungsgrund ist nicht das Testament (die von dem Prätor zur Zahlung angehaltenen Personen sind in der Regel durch das Testament gar nicht belastet), sondern das edictum de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita: die Regeln dieses also sind allein zu befolgen[206]. Nur eine verständige

203) Von den Neueren stellen sich die meisten gerade für das justinianische Recht auf diesen Standpunkt, so Förster, Francke, Mühlenbruch; auf der anderen Seite stehen z. B. Bluntschli, Uhrig, Hingst.

204) Demgemäß fällt derjenige Theil des Legats, welcher von einem, der Legatszahlung nicht unterliegenden suus heres zu entrichten wäre, aus: Fr. 20 § 2 de bonorum possessione contra tabulas.

205) Fr. 14 § 1 de legatis praestandis.

206) Dem entsprechend wird, wenn der Legatar unter der Bedingung bedacht ist, daß er dem institutus heres oder einem Dritten eine vermögentliche Leistung mache, die Bedingung auf die Person des contra tabulas bonorum possessor transferirt: Fr. 15 § 4 h. tit. [In dieser Stelle ist, wie auch durch Bas. 39, 1,

Ausnahme finden wir von Afrikanus befürwortet: wenn nämlich eine, zur Bitte um die contra tabulas bonorum possessio berechtigte Person statt derselben mit dem ihr zugewendeten Legate sich begnügt, so sollen mit der Bezahlung desselben ausschließlich Diejenigen belastet sein, deren Erbportionen durch Unterlassung jener Bitte ausschließlich sich vergrößert haben[207].

Die Personen, welchen die Legate als Ausnahmen von der allgemeinen Regel der Ungültigkeit kraft des Edikts zu erhalten sind, werden von den Juristen als exceptae personae bezeichnet[208]. Ueber die Zahl der formell berechtigten Notherben weit hinausgehend[209], bilden sie in der Hauptsache einen ähnlichen, auf den natürlichen Banden des Blutes ruhenden Kreis, wie wir ihn für die

31 und 44, 3, 3 bestätiget wird, Titius ein beliebiger Dritter.] Aehnliche Translationen mit theilweise verschiedener Behandlung: Fr. 4 § 6 de fideic. libert. Fr. 4 p. de condit.

207) Von diesem Prinzip geht die Entscheidung in Fr. 18. 19 de legat. praest. aus. Ein filius suus, desgleichen ein, in der Gewalt des Erblassers befindlicher, von einem emancipirten Sohne herrührender Enkel sind zu Erben eingesetzt und der letztere ist überdies mit einem Legat bedacht, während der emancipirte Sohn präterirt ist. Dieser und der filius suus nehmen die contra tabulas b. p., dagegen begnügt sich der Enkel mit dem Legat. Für diesen Fall ging die Meinung der Einen dahin, daß der filius suus allein das Legat zu zahlen habe, weil derselbe durch die contra tabulas b. p. des emancipatus keinen Verlust erleide, der letztere aber lediglich den Erbtheil des nepos, auf dem kein Legat hafte, erhalte. Diesem Argument (welches mit den Prinzipien von 14, 1 nicht im Einklang steht) tritt der Jurist mit der Entscheidung des Textes entgegen: daraus, daß der Enkel die contra tabulas b. p. nicht nahm, hat lediglich sein Vater einen Vortheil, daher zahlt auch nur dieser das dem Enkel zugedachte Legat (vergl. Francke p. 152, der von Uhrig p. 29 ff. mit Unrecht der Unklarheit beschuldiget wird). Dasselbe muß gelten, wenn aus einem der mehreren, zur contra tabulas b. p. berufenen Stämme einer der mehreren berufenen Enkel mit einem Legat sich begnügt.

208) Exceptae personae: Fr. 5 § 8. Fr. 15 § 4. Fr. 20 p. Fr. 21 de legat. praest. Fr. 2 de coniung.; excepti: Fr. 3 p. eod. tit. Alle anderen Bedachten heißen im Gegensatz dazu extranei oder exteri (nicht blos im Gegensatz zu den Kindern, sondern auch im Gegensatz zu den Eltern): Fr. 3 § 4. 5. 6. Fr. 5 p. § 8. Fr. 6.

209) Ueberschreitet doch auch die Zahl der, zur contra tabulas bonorum possessio Berufenen den Kreis der formell Berechtigten.

Pflichttheilsberechtigten sich entwickeln sehen[210]. Das Edikt nannte nämlich zuvörderst die Kinder und die Eltern[211] und hatte dabei gemäß seinem allgemeinen Geist die natürliche Familie im Sinne, also Diejenigen, welche entweder Descendenten oder Ascendenten des Erblassers in dem entscheidenden Augenblick der cessio diei legati sind[212], gleichgültig, ob durch Männer oder durch Frauen verbunden[213], ob in eigener oder in Folge von Adoption in fremder Familie stehend[214], gleichgültig endlich, ob sie die dem Grade nach nächsten sind oder nicht[215]. Als diesen Personen zu belassen bezeichnete das Edikt ausdrücklich die legata und die fideicommissa überhaupt[216]. Im Sinne und Geiste desselben erklärte die Interpretation, daß nur diejenigen Vermächtnisse hierher gehören, durch deren Zuwendung

210) Die Hauptunterschiede sind: *a*) zum Recht auf den Pflichttheil wurden auch Geschwister zugelassen, *b*) die Ehefrau hat ein, wenn auch sehr beschränktes Recht aus dem edictum de legatis praestandis, *c*) das Pflichttheilsrecht ist von dem Intestaterbrecht abhängig.

211) Fr. 1 p. de legatis praest. Da hier ein klarer Ausspruch der Rechtsquelle vorlag, so entstand darüber, ob auch die Geschwister zuzulassen seien, niemals ein Streit: Fr. 3 § 3.

212) Fr. 1 § 1 de leg. praest. *Fr. 24 eod. tit. (Tryph.):* Intervenit illa quaestio, quando numero liberorum esse debeat is, cui legatum est, ut id ferre possit a filio contra tabulas bonorum possessionem accipiente? Et placet sufficere in ea necessitudine tunc esse, quando dies legati cedit. Daraus folgt, daß vom Erblasser wiederum emanzipirte Adoptivkinder keinen Anspruch haben: Fr. 1 § 2.

213) Fr. 1 § 1 de legat. praest.

214) *Fr. 1 § 2 de legat. praest.:* Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui in adoptionem dati sunt, vel etiam adoptivi, dummodo maneant liberi. Demgemäß gehören auch die, von dem in Adoption gegebenen Sohn in fremder Familie erzeugten Enkel hierher: Fr. 25 § 1.

215) Fr. 1 § 1. Fr. 25 § 2 de legatis praest. Demnach ist aus dem Edikt berechtiget auch wer nicht Intestaterbe sein würde; so des Erblassers Enkel bei Lebzeiten seines Vaters, der Ascendent des Erblassers bei Lebzeiten der Kinder des letzteren u. s. w.

216) Fr. 1 § 1 de legat. praest. Daraus, daß auch die Fideikommisse genannt sind, folgt natürlich nicht, daß dieses Edikt erst nach der Bestätigung dieser entstanden sei; das prätorische Edikt hat bekanntlich im Laufe der Zeit gar viele Modifikationen erfahren.

ein solches Familienglied einmal in seiner Person geehrt[217] und zweitens auch materiell bedacht worden ist[218]. Insbesondere für die zur contra tabulas bonorum possessio Berechtigten hatte das Edikt ausdrücklich ausgesprochen, daß sie durch Annahme jener bonorum possessio des Anspruchs aus dem edictum de legatis praestandis verlustig gehen[219].

Diesem Hauptfall fügte das Edikt einen zweiten, durchaus nebensächlichen hinzu, und zwar von verschiedenem Charakter, denn es ist ein legatum debiti. Wenn nämlich der Mann seiner Ehefrau oder der Schwiegervater seiner Schwiegertochter die dos ver-

---

217) *Fr.* 3 § 2 *de legat. praest.:* Hoc autem solum debetur, quod ipsis parentibus relictum est et liberis; ceterum si servo eorum fuerit adscriptum vel subiectae iuri eorum personae, non debetur; nec enim quaerimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus sit. Das wird so konsequent festgehalten, daß wenn eine Sache einer extranea und einer excepta persona coniunctim vermacht worden ist, der der ersten zugewendete Theil der andern im Sinne des Edikts niemals akkresciren kann: Fr. 3 § 3.

218) *Fr.* 3 § 4: Item si quis ex his personis rogatus sit restituere extero quod sibi relictum est, dicendum, non esse legatum praestandum, quia emolumentum ad eum non respicit. Demnach wird, wenn der mit einem Legat bedachten excepta persona das Fideikommiß aufgelegt ist, die Sache einem Dritten herauszugeben, nicht etwa blos das Fideikommiß gestrichen, sondern das Legat auch. Umgekehrt, wenn das Legat einem Dritten zugewendet ist mit der Auflage, die Sache einer excepta persona herauszugeben, so ist dieses Fideikommiß aufrecht zu erhalten (und zwar offenbar in der Art, daß der excepta persona die Klage unmittelbar gegen den bonorum possessor gegeben wird): Fr. 3 § 5. 6.

219) *Fr.* 5 § 2: Omnibus autem liberis praestare legata praetor voluit, exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem dedit ex causis supra scriptis; nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere. Constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bonorum possessionem petat, an vero legatum persequatur. Si elegerit contra tabulas, non habebit legatum, si legatum elegerit, eo iure utimur, ne petat bonorum possessionem contra tabulas. Dieser Satz reicht so weit, als die Ausdehnung des edictum de legatis praestandis: Fr. 18 § 1 de b. p. contra tabulas. Fr. 22 de legatis praestandis. Andererseits wird er von der Interpretation dahin gemildert, daß, wenn sich nachträglich herausstellt, es sei die excepta persona zu der erhaltenen bonorum possessio gar nicht berechtiget gewesen, jene nunmehr doch noch zur Forderung der Legate zugelassen wird: Fr. 5 § 3.

macht[220], so soll auch dieses Vermächtnis aufrecht erhalten werden. Voraussetzung ist, daß die Bedachte im Zeitpunkte der cessio diei Ehefrau sei und ihr die dos in der That geschuldet werde[221]. An dem Charakter des debitum legatum hielt die Interpretation überhaupt fest: hat die Frau keine dos erhalten, so nützt ihr die im Testament gewählte Bezeichnung als legatum dotis nichts[222]; zwar eine andere Sache als die in dotem gegebene kann ihr pro dote legirt werden, sodaß auch dieses Legat unter das Edikt fällt[223], nie aber mehr als die dos selber[224].

In natürlicher Weise erklärte die Jurisprudenz, daß von den diesen Personen zugedachten nur die utiliter data legata aufrecht zu erhalten seien, d. i. die von Anfang an gültig errichteten[225]. Weil

220) Fr. 1 p. Fr. 8 § 4 de legat. praest. Bluntschli p. 96 nimmt mit Recht an, daß der Präter dabei lediglich an die in freier Ehe lebende Frau denke; denn die uxor in manu ist filiae loco, also in den liberi von selbst mitinbegriffen. — Daß diese legirte dos als das Legat eines aes alienum zu betrachten sei, wird noch besonders hervorgehoben: Fr. 8 § 5 de legat. praest., vergl. Fr. 85 ad legem falcidiam.

221) Das ist regelmäßig erst der Fall nach Trennung der Ehe; wo dagegen die dos ausnahmsweise auch während der Ehe gefordert werden kann (vergl. Fr. 22 § 8. Fr. 24 p. sol. matrim.), da hat auch die Legatsklage bei bestehender Ehe statt: Fr. 10 § 1 de leg. praest.

222) Fr. 15 § 3 de leg. praest.

223) Fr. 8 § 6 eod. tit. Hier ist gesagt, daß es in einem solchen Falle stets des Zusatzes pro dote bedürfe; natürlich, denn sonst wäre es nicht ein legatum dotis, sondern ein gewöhnliches Legat. Uhrig p. 40 schließt aus dieser Stelle, daß der Zusatz pro dote in jedem Fall gefordert werde; aber das wäre einmal eine ganz nutzlose Beschränkung (man denke nur an den fundus dotalis), sodann eine irrige Bezeichnung; denn pro dote heißt „anstatt der dos“.

224) Also nichts praeter dotem; das Mehr fällt nicht unter das edictum de legatis praest.: *Fr.* 8 § 3: Si quid uxori nuruique fuerit legatum praeter dotem, accepta contra tabulas bonorum possessione non praestabitur. Wenn daher Paulus in Fr. 9 sagt: Sed et si plus sit in legato quam in dote, dabitur illis actio, so kann das nur heißen: der auf den Betrag der dos reducirten Klage thut das keinen Eintrag. (So richtig z. B. Uhrig p. 59; Francke p. 159 findet darin, es solle bei dem legatum pro dote der Testator an einem zu hohen Tarat nicht gehindert werden: aber wo bleibt da das Maß?)

225) *Fr.* 3 § 7: Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bo-

ferner schon nach der Titelrubrik das edictum de legatis praestandis in Wirksamkeit zu treten hat contra tabulas bonorum possessione petita, deshalb ist zu dieser Wirksamkeit erforderlich, daß von den im Testament eingesetzten Erben beim Tode des Erblassers mindestens einer am Leben sei; denn im entgegengesetzten Fall ist nicht die contra tabulas sondern die intestati bonorum possessio begründet[226]. Andererseits aber folgt eben daraus, daß der Erbschaftsantritt dieser eingesetzten Erben nicht gefordert werde[227]; denn die contra tabulas bonorum possessio ist statthaft ohne jenen Antritt und die Grundlage dieser Legatenzahlung ist nicht etwa in der Willkür der instituti heredes zu suchen[228], sondern in der Vorschrift des Edikts. Hat endlich das Testament mehrere Grade, so ist auch in Beziehung auf die Legatenzahlung jeder einzelne Grad wie ein besonderes Testament zu behandeln und es sind demgemäß die betreffenden Legate desjenigen Grades zu zahlen, gegen welchen die bonorum possessio gebeten wird. Diese Regel sprechen die römischen Juristen geradezu aus[229] und führen sie

---

norum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, verum [die Kriegel'sche Ausgabe interpungirt unrichtig sunt; verum] ideirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit. Daß diese Worte den im Text angegebenen Sinn haben, dafür ist das sich unmittelbar anschließende Fr. 4 entscheidend.

226) Fr. 10 § 2 de leg. praest.

227) Fr. 20 § 2 de b. p. contra tabulas. Fr. 3 § 7. Fr. 4. Fr. 11 de legatis praest. [Mühlenbruch p. 296 läugnet freilich diesen vollkommen zweifellosen Satz; einmal weil er Fr. 20 § 2 gar nicht berücksichtiget, sodann weil er die, mindestens für das justinianische Recht feststehende Verbindung von Fr. 4 mit Fr. 3 § 7 willkürlich in Abrede stellt.]

228) Fr. 4 cit. sagt in diesem Zusammenhang: quum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, quum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem.

229) *Fr. 10 § 2 de legatis praestandis:* Non omnia, quae ab omnibus gradibus relicta sunt, legata praestare eum oportet, qui contra tabulas petit, sed ea sola, quae in eo gradu data sunt, contra quem bonorum possessionem petit.

durch[230], wenn auch nicht ohne bestimmte Ausnahmen zuzulassen[231].

Wie angegeben, bezeichnete das Edikt als den exceptae personae zu konferiren lediglich die legata und die fideicommissa; die Folgezeit aber sah sich veranlaßt, zu Gunsten jener Personen auf diesem Wege weiter zu gehen.

Wie sehr die mortis causa donationes den Vermächtnissen sich näherten, ist bekannt; es ist daher nur natürlich, daß **Ulpian** die Meinung ausspricht, es seien jene bei liberi et parentes den Vermächtnissen gleich zu stellen[232].

Von weit größerer Bedeutung ist ein zweiter Schritt. Das Edikt gedenkt nur der Vermächtnisse: wie aber, wenn kein solches, sondern eine Erbeseinsetzung irgend einer excepta persona vorliegt? Es lag sehr nahe zu sagen, daß, wer die Honorirung durch Legat aufrecht erhalte, um so mehr geneigt sein müsse, die in der noch viel

---

230) Daher sind lediglich die Legate des ersten Grades zu bezahlen: *a*) wenn der im ersten Grad als Erbe Berufene die Erbschaft antritt: Fr. 12; *b*) wenn die in beiden Graden als Erben Berufenen beim Tode des Erblassers am Leben sind, aber keiner von ihnen antritt: Fr. 10 § 2. Fr. 11; *c*) wenn der im ersten Grad Berufene omittirt und nunmehr der Erbe des zweiten Grades die Erbschaft antritt: Fr. 12. [Hierher gehört auch Fr. 13; denn wenn der im ersten Grad Berufene die reine Potestativbedingung nicht erfüllt, so omittirt er.]

231) Zwei Ausnahmen werden uns mitgetheilt: *a*) wenn die kasuelle Bedingung nachträglich defizirt, unter welcher der Erbe des ersten Grades eingesetzt war, so sollen die Legate des zweiten Grades gezahlt werden, obgleich gegen den ersten Grad die bonorum possessio gebeten war: Fr. 13 de leg. praest., vergl. Fr. 8 § 5 de b. p. contra tabulas; *b*) wenn der im ersten Grad Eingesetzte nach dem Tode des Erblassers stirbt ohne die Erbschaft angetreten zu haben, so sollen, obgleich auch hier gegen diesen ersten Grad die bonorum possessio gebeten wurde, die Legate des zweiten bezahlt werden: Fr. 10 § 2. Namentlich diese zweite Ausnahme bekenne ich nicht vollständig zu verstehen; denn wenn man zur Erklärung der Sache diesen Eingesetzten gewöhnlich betrachten will wie einen, der nicht antreten kann, so wird das nicht zu billigen sein, er ist vielmehr denen zuzuzählen, qui omittunt hereditatem (Fr. 9 de suis et legitimis): und gerade von diesem letzten Fall sagt derselbe **Ulpian** in demselben 40. Buch zum Edikt, daß die Legate des ersten Grades zu zahlen sind: Fr. 12.

232) Fr. 3 p. Fr. 5 § 7. Fr. 20 p. de legatis praest.

ausgezeichneteren Form der Erbesernennung erfolgte Honorirung ebenfalls gelten zu lassen. Einen Fürsprecher fand diese Weiterbildung besonders in dem Juristen Julian[233], und Kaiser Pius Antoninus fühlte sich bewogen, in einer, an einen Legaten Numidiens gerichteten Konstitution die gesetzliche Anerkennung hinzuzufügen[234]. Ueber die rechtliche Form, in welcher diese Ausdehnung zu erfolgen hat, sprechen sich die Quellen nicht ganz klar aus; sie sagen portio conservatur[235], praetor eum tueri debet[236], ohne auf die Beschreibung der Art und Weise sich einzulassen[237]. Unsere Litteratur

233) *Fr.* 5 § 6 *de legatis praest.:* Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Iulianus saepissime scripsit, in portione quoque hereditatis idem, quod in legato, probandum; cuius sententia rescripto Divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo sed et pleniore honore tribuantur. Fr. 6 eodem tit.

234) Fr. 5 § 6. Fr. 7. Fr. 23 eod. tit. [Für den substantivischen Gebrauch von relictum in der letzten Stelle vergl. C. 16 de collat. Fr. 7 de coniungendis.] Daher nennt Papinian diese Begünstigung ein beneficium legis: Fr. 21 de legatis praest. *a*) Der Satz galt für alle exceptae personae; also auch für die nicht zur contra tabulas b. p. berechtigten liberi et parentes, ingleichen für die auf den Betrag der dos als Erbin eingesetzte Frau [liberi et parentes: Fr. 5 § 6. Fr. 7. Fr. 20 p. Fr. 21; Diejenigen, welche die bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto hätten nachsuchen können: Fr. 14 p. de b. p. contra tabulas. Fr. 10 de collat.; Solche, die das nicht konnten: Fr. 3 de coniungendis. Fr. 25 § 1. 2 de legatis praest.; die pro dote heres instituta uxor: Fr. 10 p. de legatis praest.]. *b*) Dabei galt das edictum de legatis praestandis von Anfang an als entscheidendes Muster: Fr. 5 § 6. Fr. 7; daher auch hier die Beschränkung, daß die excepta persona durch Institution ihrer Person geehrt und materiell bedacht sein muß.

235) Fr. 5 § 6. 8. Fr. 8 § 1 de legatis praestandis. Fr. 7 de coniungendis.

236) Fr. 14 p. de b. p. contra tabulas. Fr. 5 § 7. Fr. 7. Fr 20 p. Fr. 25 § 1. 2 de legatis praestandis.

237) Tueri umfaßt keineswegs, obgleich man gewöhnlich das Gegentheil annimmt, lediglich eine außerordentliche Form des prätorischen Schutzes, sondern überhaupt eine jede Form desselben, z. B. auch den, in der Ertheilung und Aufrechthaltung der bonorum possessio liegenden: Fr. 20 p. de b. p. contra tabulas [hier heißt es von dem emancipatus, welcher die contra tabulas b. p. erhielt:

schwankt zwischen der Auffassung als Universalfideikommiß und der anderen als aufrecht erhaltenes, testamentarisches Erbrecht[238]. Die letzte Ansicht halte ich für die richtige; denn die Quellen sagen uns nirgends, daß diese aufrecht erhaltene letztwillige Zuwendung ihre Natur zu verändern habe[239], im Gegentheil spricht Alles, was wir wissen, dafür, daß sie bleibe, was sie ist, nämlich Erbrecht[240]: dem-

Redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem ab intestato patre emancipatum praetor in parte dimidia tueatur]. Fr. 1 § 9 si tabulae und namentlich ist Fr. 2 eod. entscheidend, weil da die Gewährung der bonorum possessio unde liberi als eine tuitio praetoris bezeichnet wird. [In Fr. 1 § 8 de collat. wird die Aufrechterhaltung des suus heres, welcher die contra tabulas bonorum possessio nicht gebeten, gegenüber dem emancipatus contra tabulas bonorum possessor eine tuitio praetoris genannt.]

238) Manche wollen Unterscheidungen machen. Nach Förster p. 412 liegt, wenn das Testament nach civile ius gilt, eine Aufrechterhaltung der hereditas vor, dagegen soll bei einem blos prätorisch gültigen Testament die Erbeseinsetzung in ein Universalfideikommiß umgewandelt werden. Zu dieser, ohne jeglichen Quellenanhalt gemachten Distinction werden namentlich Diejenigen genöthiget, welche, wie z. B. Uhrig § 19, die Gewährung der secundum tabulas bonorum possessio neben der der contra tabulas für unmöglich ansehen. Mühlenbruch, Band 37 p. 32 ff., meint, die zur contra tabulas bonorum possessio Befähigten erhalten ihren Theil als Erben, die Anderen als Vermächtnis. Das ist ebenfalls eine willkürliche Unterscheidung. Da die Quellen überhaupt keinen Unterschied machen, so bleibt nur Eines oder das Andere: entweder muß man sich überall für Universalfideikommiß oder überall für Erbschaft erklären. Das letztere thut namentlich Francke p. 147, desgleichen Arndts im Rechtslexikon VIII p. 90.

239) Wenn Förster für die Natur des Universalfideikommisses auf die Ausdrucksweise Julian's in Fr. 6 sich beruft, „ut et hereditatis partem emancipatus praestet", so ist ihm mit Recht entgegnet worden, daß geradeso vom scriptus heres gesagt wird, er prästire dem contra tabulas bonorum possessor den Nachlaß: Fr. 13 p. Fr. 20 p. de bonorum poss. contra tabulas. Auch Fr. 8 § 2 de legatis praest. spricht nicht für die Fideikommißqualität, sondern dagegen; denn hier wird als Regel vorausgesetzt, daß die excepta persona instituta die Erbschaft antritt und nur hinzugefügt, der contra tabulas bonorum possessor könne diesen Erbschaftsantritt da, wo er ihm nachtheilig, dadurch vermeiden, daß er seinerseits dem institutus die Auszahlung des Erbtheils gehörig verspricht, und es sei dolus auf ein solches Versprechen zum Nachtheil des bonorum possessor nicht einzugehen.

240) Für die Erbenqualität spricht vor allen Dingen, daß uns die Quellen

nach hat die zu Erben eingesetzte excepta persona, um des genannten Vortheils theilhaftig zu werden, die Erbschaft anzutreten oder bonorum possessio secundum tabulas sich zu erbitten[241]. Eine weitere, hier hervortretende Frage ist folgende. Wenn die konservirte Erbportion wiederum mit Vermächtnissen belastet ist: sind diese von dem in der Erbportion aufrecht Erhaltenen insgesammt oder nur so weit zu bezahlen, als das edictum de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita es vorschreibt? Die constitutio Divi Pii hatte sich darüber nicht ausgesprochen; die anscheinend natürlichste Antwort hatte etwa folgendermaßen zu lauten. Das edictum de legatis praestandis bezieht sich lediglich und allein auf die contra tabulas bonorum possessores: demnach haben diejenigen exceptae personae, welche nicht zugleich als prätorische Notherben berufen sind, auf die aus dem edictum de legatis praestandis stammende Bevorzugung überhaupt niemals einen Anspruch; aber auch die zur contra tabulas bonorum possessio Berechtigten haben, weil sie dieselbe nicht nachgesucht, nach der allgemeinen Regel die sämmtlichen Vermächtnisse zu zahlen und es ist nicht abzusehen, wie der Umstand, daß ein Dritter neben ihnen und ohne sie von der testamentarischen Erbschaft zu verdrängen die contra tabulas bonorum possessio erhält, im Stande sein sollte, sie von der Legats-

keinen Anlaß zu der Annahme geben, der Kaiser habe von der Bestimmung des Erblassers abweichen wollen. Dafür kann man sich ferner auch mit Francke auf Fr. 5 § 7 berufen, wo, wenn andere als die Erbschaftsklagen der gewöhnlichen Art gemeint wären, das füglich gesagt sein müßte; desgleichen auf Fr. 10 de collat., wo der suus institutus, welcher in einem solchen Fall die testamentarische Erbschaft annahm, als heres behandelt und als zur Kollationsforderung gegenüber dem contra tabulas bonorum possessor berechtiget hingestellt wird [und gerade von einem solchen suus in testamento heres scriptus, welcher neben der bonorum possessio des emancipatus seinerseits die bonorum possessio nicht genommen, heißt es praetor eum tuetur: Fr. 1 § 8 de collat.]. Endlich ist des bedeutsamen Umstandes zu gedenken, daß sofort bei der Einführung die Begrenzung auf die virilis pars für nothwendig gehalten, dagegen die Falcidia hier nirgends erwähnt wird: offenbar weil die letztere auf die Erbschaft unanwendbar ist.

241) Für die hereditatis aditio: Fr. 14 p. de bonorum poss. contra tab. Fr. 6. Fr. 15 § 1 de legatis praest. Fr. 10 de collat.

pflicht zu befreien. In der That finden wir auch diese Auffassung klar bei Afrikanus[242] und bei Ulpianus[243], vielleicht auch bei Papinianus[244]. Nun aber ließ sich in Bezug auf Diejenigen, welche zur contra tabulas bonorum possessio berechtiget dennoch aus dem Testament antraten, allenfalls auch sagen, der Prätor habe, wenn er sie in der Erbschaft schütze, allerdings den Umstand im Auge, daß sie Notherben seien und demgemäß sei ihnen auch nur die Leistung der Legate an die exceptae personae aufzubürden. So argumentirt Paulus[245]. Dafür, daß auch diejenigen exceptae personae, welche nicht Notherben sind, lediglich den exceptae personae die Vermächtnisse auszuzahlen hätten, wüßte ich in der That gar keinen plausiblen Grund[246].

242) *Fr.* 14 *p. de bonorum poss. contra tabulas (Africanus lib.* 4 *quaestionum):* Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit — — Sed illud observandum est, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, tueri debeat — —, ut hactenus deteriorem causam suam fecerit, — — quod extraneis quoque legata praestare cogatur.

243) *Fr.* 16 *de legatis praest. (Ulpianus lib.* 4 *disputationum):* Si duo proponantur esse, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus — — Proinde si contra tabulas non accepit [scil. emancipatus], dicendum est, tuendum eum in partem et utique liberis parentibusque legata praestiturum. Sed an et omnibus, dubito; tamen quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris iudicio pro sua parte debet.

244) Er sagt nämlich in *Fr.* 21 *de legatis praest. (Papinianus lib.* 13 *quaestionum):* Si portio hereditatis, quam excepta persona beneficio legis habere potuit, repudietur, pro ea quoque parte filius, qui bonorum possessionem accepit, non aliis quam exceptis personis legata praestabit. Wenn der Jurist davon ausgegangen wäre, daß die zu Erben eingesetzte und die Erbschaft annehmende excepta persona selber nur an die exceptae personae die Legate zu bezahlen habe, so würde das Obige eine leidlich überflüssige Bemerkung erscheinen.

245) *Fr.* 15 § 1 *de legatis praestandis (Paulus lib.* 41 *ad edictum):* Sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus — — Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, praeteritus autem bonorum possessionem acceperit, hic quidem, qui bonorum possessionem acceperit, certis personis legata debebit. De scripto autem quaeritur; et complures putant, certis personis et eum praestare debere; quod puto verius esse, nam et praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui contra tabulas petere potuerunt.

246) In Fr. 5 § 8 de legatis praest. (Ulp. lib. 40 ad edictum) heißt es:

Bis zu welchem Maße die den exceptae personae zugedachten Legate überhaupt aufrecht zu erhalten seien, darüber enthielt das edictum de legatis praestandis keinen besonderen Ausspruch: da-

Is autem, cui portio hereditatis conservatur, utrum omnibus an tantum exceptis personis legata cogatur praestare? Et magis probatur, exceptis personis solis praestanda — — Diese Worte — einfach und natürlich gefaßt — zeigen, daß Ulpian, als er sein Werk ad edictum schrieb, anderer Ansicht war, als zur Zeit seiner Disputationen, und das ist, da über diesen Punkt offenkundig eine Kontroverse bestand (Fr. 15 der vorigen Anmerkung) und er selber überdies in beiden Stellen sich zweifelnd ausdrückt (dubito — magis probatur), gar nicht besonders zu verwundern. Aber nicht ganz ebenso gewiß ist, wie weit die in Fr. 5 von Ulpian vertretene Meinung gehe. Rein grammatisch aufgefaßt befreien nämlich diese Worte von der Leistung an non exceptae personae einen jeden, der seinerseits zu den exceptae personae gehört, möge er prätorischer Notherbe sein oder nicht. Sollte nun derselbe Ulpian, welcher ein anderes Mal behauptet hat, alle Legate schlechthin seien zu zahlen, an dieser Stelle nach der anderen Seite hin noch weiter gegangen sein, als der eben angeführte Paulus? Ich vermuthe, daß der Ausdruck ungenau sei und auch Ulpian, gleich Paulus, nur von den zu den Notherben gehörigen exceptae personae reden wollte. Freilich gehen, wie bei dem Stande der Quellen sehr natürlich, die Ansichten weit auseinander (eine Uebersicht derselben bei Uhrig p. 85). Mühlenbruch z. B. das Vorhandensein eines Widerspruchs bei Ulpian läugnend und von der oben verworfenen Unterscheidung ausgehend, wonach diejenigen exceptae personae, welche nicht Notherben sind, lediglich Universalfideikommissare sein sollen, kommt (p. 33 ff.) zu dem, nicht blos zu der Begründung von Paulus, sondern meines Erachtens auch zu dem natürlichen Rechtsgefühl in Widerspruch stehenden Resultat, daß die nicht zu den Notherben gehörigen exceptae personae nur an exceptae, die zur contra tabulas b. p. Berechtigten aber überhaupt alle Vermächtnisse zu zahlen haben. Aber das sagt überhaupt gar keine Quellenstelle und es ist daher unzuläßig, Fr. 5 § 8 in diesem Sinne zu beschränken. Am leichtesten macht sich Uhrig p. 93 ff. die Sache. Um zu dem Resultat zu kommen, daß überhaupt nur an exceptae personae zu zahlen sei, streicht er bei Afrikanus und bei Ulpianus einfach weg, was ihm nicht paßt. Daß die von Cujaz (ad Africanum IV ad l. 18 de legatis praest.) allgemein aufgestellte Unterscheidung, wonach der die Erbschaft Antretende dann die Legate an Alle bezahlen soll, wenn er durch Aufstellung der virilis portio einen Abzug nicht erlitt, dagegen nur an die exceptae, wenn er verkürzt wurde, weder in den Quellen noch in der Billigkeit begründet sei, darüber Francke p. 155.

her unterlagen sie zuvörderst einfach der lex falcidia [247] und es gestaltete sich die Sache folgendermaßen. Dieses Gesetz reduzirt gemäß der seinen Worten entsprechenden Auslegung per legem ipso iure [248] den Betrag aller Legate insoweit, daß den Erben ein Viertheil der Erbschaft frei von Legaten bleibt. Das thut jenes in dem Augenblick, wo eine Erbschaft vorhanden, also in dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers [249] und zwar mit allen, zu diesem Zeitpunkte gültigen Legaten, also ebenso gut mit den für extraneae wie mit den für exceptae personae bestimmten [250]. Wenn nun in Folge der später erbetenen contra tabulas b. p. die den extraneae personae zugedachten Legate kraft der prätorischen Vorschrift ganz beseitiget werden, so nahm die Interpretation in richtigem Verständnis des prätorischen Willens an, daß daraus zuvörderst die den exceptae personae zu gewährenden Legate zu ergänzen seien und lediglich der dann sich etwa noch ergebende Rest bei dem bonorum possessor verbleibe [251]. Aber die Jurisprudenz fühlte, daß der Abzug der Falcidischen Quart hier im Grund nicht genüge, weil danach die exceptae personae, also solche Personen, die gar nicht nothwendig Notherben sind, drei Viertheile des Nachlasses erhalten können, sodaß der contra tabulas bonorum possessor selber nur ein Viertheil übrig behält [252]. Noch deutlicher trat die Nothwendigkeit einer anderweitigen Beschränkung sofort hervor, als man die exceptae personae auch dann zu schützen

247) Fr. 5 § 5. Fr. 6 de legatis praestandis.

248) Fr. 73 § 5 ad legem falcidiam.

249) Fr. 56 p. Fr. 73 p. ad legem falcidiam.

250) Fr. 5 § 5 de legatis praestandis.

251) Fr. 5 § 5 cit. sagt: Si legata fuerint relicta liberis et extraneis, licet utrorumque praestatio falcidiae locum faceret legataque liberorum recideret, tamen nunc ob hoc, quod extraneis non praestantur, legata liberorum augentur. Vergl. Fr. 5 § 8 eod.

252) Nur hierauf bezieht sich der in Fr. 6 de legatis praest. ausgesprochene Tadel: „saepe animadverti, hanc partem edicti, qua emancipatus accepta contra tabulas bonorum possessione liberis et parentibus legata praestare iubetur, habere nonnullas reprehensiones,“ nicht aber, wie man nicht selten annimmt, auf das ganze edictum de legatis praestandis und am wenigsten auf die contra tabulas bonorum possessio überhaupt.

anfing, wenn sie zu Erben eingesetzt waren. Da hier die Anwendung der lex falcidia formell unzulässig und materiell unzureichend erschien, so schlug schon Julian vor, es sei diese Aufrechterhaltung durch Dekret in der Art einzuschränken, daß der eingesetzte Erbe nicht mehr erhalte als der contra tabulas bonorum possessor[253], was dann Divus Pius sofort in die Grund legende Konstitution aufnahm[254] und als Gewährung einer virilis portio bezeichnet wird[255]. Gleichzeitig empfahl derselbe Julian, daß dieselbe Grenze auch für Legate eingehalten werden möge[256] und die Jurisprudenz erkannte das nicht blos für diese, sondern auch für die mortis causa donationes in Folge der kaiserlichen Konstitution an[257]. Was nun die Feststellung dieser virilis portio anlangt, so ist zunächst klar, daß Niemand für eine größere Portion geschützt werden könne, als die ihm im Testament zugewendete[258], desgleichen, daß die zur contra tabulas bonorum possessio Berechtigten auf dem Wege der aufrecht erhaltenen Institution nie mehr bekommen können, als ihnen der Gebrauch der contra tabulas bonorum possessio würde verschafft haben[259]. Ferner wird uns gesagt, daß die Be-

253) Fr. 6 de legatis praestandis.

254) *Fr. 7 eod tit. (Tryphoninus):* Nam secundum constitutionem Divi Pii ad Tuscium Fuscianum Numidiae legatum placuit parentes et liberos heredes quoque institutos tueri usque ad partem virilem exemplo legatorum, ne plus haberent ex institutione tales personae, quam ad eum perventurum esset, qui contra tabulas bonorum possessionem accepisset. Fr. 5 § 7 eod. tit.

255) Fr. 7 cit. Vergleiche z. B. Fr. 3. Fr. 7 de coniungendis. Fr. 1 § 8 de collat. Fr. 5 § 7. Fr. 8 p. de legatis praestandis.

256) Fr. 6 cit.

257) Fr. 5 § 7 de legatis praestandis.

258) Fr. 5 § 7. Fr. 15 § 2 de legatis praest. Fr. 14 p. de bonorum poss. contra tab.

259) *Fr. 14 p. de bonorum poss. contra tabulas:* — — Sed illud observandum est, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset; ut hactenus deteriorem causam suam fecerit, quod, si ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. [Die meisten Ausgaben

rechnung der virilis portio bei Legaten im Ganzen dieselbe sei, wie bei Erbportionen[260] und daß, wo dieselbe Person mit Erbeseinsetzung und Legaten zugleich bedacht ist, für die Berechnung beides zusammenzuwerfen sei[261]. Als Regel nun wird uns in der Hauptstelle[262] angegeben: a) daß ein zum Erben Eingesetzter neben den contra tabulas bonorum possessores einen Kopftheil erhalte, also neben zwei dieser bonorum possessores ein Drittel, neben drei ein Viertel; b) daß mehrere Legatare zusammen, nicht ein jeder einzeln, einen Kopftheil in Anspruch zu nehmen haben. Fraglich ist: gilt dieser letzte Satz auch von den zu Erben Eingesetzten, oder erhält hier ein jeder einzelne eine virilis portio? Fast alle Schriftsteller[263], namentlich seit Förster, wollen unterscheiden; nur dann nämlich sollen die mehreren Eingesetzten zusammen auf eine virilis portio beschränkt sein, wenn sie die contra tabulas bonorum possessio nachzusuchen nicht berechtiget waren, im anderen Falle sei dagegen anzunehmen, daß einem jeden einzelnen eine virilis portio gebühre. Aber eine solche Unterscheidung findet sich in den Quellen nirgends[264]; es ist daher die einzige Basis, worauf man diese Bevorzugung jener gründen könnte, die allgemeine aequitas. Nun aber sprechen die Quellen, so weit sie sich überhaupt aussprechen, meines Erachtens dagegen, und die aequitas spricht mindestens nicht dafür[265]. —

machen diese Stelle in einer Beziehung durch die Interpunktion geradezu unverständlich; so schreibt., um von älteren zu schweigen, Gebauer fecerit: quodsi, Kriegel (auch Förster) fecerit; quodsi, nur bei Beck finde ich die richtige Interpunktion]. Das wird insbesondere auf den ex nova clausula berufenen Enkel angewendet: Fr. 18. Fr. 19 de legatis praest. Fr. 7 de coniungendis.

260) Fr. 5 § 7. Fr. 8 p. de legatis praestandis.

261) Fr. 8 § 1 eod. tit.

262) Fr. 8 p. eod. tit.

263) Förster p. 428 ff., Francke p. 147, Mühlenbruch p. 23, Uhrig § 12. Nur Vangerow p. 283 scheint diese Unterscheidung nicht zu machen, wenn er sich auch nicht besonders darüber ausspricht.

264) Um zu einer quellenmäßigen Begründung zu gelangen, überträgt Uhrig p. 45 die Worte in Fr. 8 p. qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt und qui contra tabulas acceperunt: „welche die bonorum possessio erlangen können."

265) a) Da, wo uns durch Fr. 7 die constitutio Divi Pii in der Haupt-

Das edictum de legatis praestandis sprach ausschließlich von den exceptae personae; die diesen hinterlassenen Vermächtnisse hielt es aufrecht. Zu Gunsten derselben Personen fügte die Interpretation die Aufrechterhaltung der mortis causa donationes, Pius Antoninus die der heredis institutio hinzu. Es fragt sich endlich, ob außer diesen, die exceptae personae allein betreffenden letztwilligen Anordnungen nach dem Vorgange gerade dieses Edikts auch noch andere, auf andere als diese Personen bezügliche Dispositionen ihre Gültigkeit behalten, ihres Inhaltes wegen, namentlich die im Testament angeordneten libertates, die tutoris datio und die Pupillarsubstitution.

Daß der Prätor der libertates im Edikt nicht gedachte, dazu mag er durch ähnliche Erwägungen bestimmt worden sein, wie diejenigen sind, welche die lex furia hervorgerufen haben. Auch die Interpretation fand sich zu einer Ausdehnung des Edikts nach dieser Seite hin nicht veranlaßt[266]. Aber wenn so der Prätor die ungültig

sache mitgetheilt wird, heißt es: ne plus haberent ex institutione tales personae, quam ad eum perventurum esset, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, was am natürlichsten auf die Gesammtheit der eingesetzten Erben bezogen wird und jedenfalls keine Unterscheidung ausspricht. b) Die Behandlung der institutiones und der legata ist im Allgemeinen die gleiche, es ist in beiden Fällen eine und dieselbe virilis portio, welche in Frage steht: nun aber ist bei Legaten die Zusammenrechnung zweifellos festgestellt, Fr. 8 p.: Sed si unus sit ex liberis, qui accepit contra tabulas bonorum possessionem, plures sint, qui ex liberis parentibusque legata acceperunt, sic hoc accipiendum est, ut filius praeteritus semissem habeat, ceteri omnes, qui sunt ex liberis parentibusve, semissem. c) Demnach erhalten auch mehrere zur contra tabulas bonorum possessio Berechtigte, sofern sie lediglich mit Legaten bedacht sind, nur eine virilis portio zusammen; wäre nun die genannte Qualität ein entscheidendes Moment, so müßte auch in diesem Fall der Legate jeder Einzelne eine virilis portio beanspruchen können. d) Wenn der zur contra tabulas b. p. Berechtigte diese nachzusuchen unterläßt, so hat er den dadurch erwachsenden Nachtheil lediglich sich selber zuzuschreiben; nicht füglich kann es die Absicht sein, einem solchen es so bequem zu machen, daß es in den meisten Fällen für ihn gleichgültig wäre, ob er jene bonorum possessio annimmt oder nicht.

266) Dafür bringt Fr. 8 § 2 de legatis praest. einen mittelbaren, Fr. 23 eod. tit. den unmittelbaren Beweis.

gewordene libertas nicht ausdrücklich durch seine Auktorität in Schutz nahm, so war er doch andererseits keineswegs geneigt, derselben dann entgegenzutreten, wenn sie nach allgemeinen Grundsätzen rechtlich wirksam geworden war. Nun tritt eine jede im Testament gegebene directa libertas ipso iure in Wirksamkeit mit einer jeden, auf Grund des Testaments erfolgten hereditatis aditio[267] und es wird die einmal vorhandene Freiheit niemals rückgängig gemacht[268]. Wenden wir das auf den Fall an, wo contra tabulas bonorum possessio erbeten worden ist, so ergibt sich, daß die directae libertates[269] dann und nothwendig dann immer gelten, wenn der in dem gültigen Testament eingesetzte heres die Erbschaft antrat[270]. Das sagen denn auch die Quellen geradezu[271] und bemerken überdies, daß, wenn der um die contra tabulas bonorum possessio wissende heres blos deshalb die testamentarische Erbschaft antrat, damit die

267) Ulp. fragm. I § 22. Fr. 11 § 2. Fr. 23. Fr. 25 de manumissis testamento.

268) Nicht durch die, dem eingesetzten Erben gegen den Erbschaftsantritt gewährte Restitution: C. 3 de testamentaria manumissione; nicht dadurch, daß der suus sich abstinirt: Fr. 30 § 10 de fideicom. hered. Fr. 29 de manum. testamento.

269) Von den fideicommissariae libertates gilt das keineswegs; vergleiche Mühlenbruch p. 20.

270) Wenn ein suus filius präterirt ist, so gilt das Testament nicht; daher hat auch der Antritt aus einem solchen letzten Willen die Gültigkeit der libertates nicht zur Folge: Fr. 17 de iniusto. Anders mußte sich die Sache bei Präterition eines nepos suus oder einer filia sua verhalten.

271) Fr. 8 § 2 de legatis praestandis. Nach Mühlenbruch's Vorgang (Band 37 p. 20) wollen Einzelne die Aufrechterhaltung der libertates auf den speziellen, in dieser Stelle besprochenen Fall beschränken, also nur da gelten lassen, wo der Antretende zu denen gehört, quibus virilis conservatur. Aber Ulpian stützt die Gültigkeit nicht auf die besondere Qualität dieses testamentarischen Erben, sondern auf die allgemeine rechtliche Nothwendigkeit, welche das Ergebnis des Erbschaftsantritts überhaupt ist [Si adierit hereditatem is, cui virilis portio conservatur, libertates competent ex necessitate per aditionem] und es kann von dem Prätor schlechthin nicht erwartet werden, daß er hier, von den Grundsätzen, welche er sonst (Anm. 268) befolgt, abweichend, eine rechtlich existent gewordene libertas beseitige, also einen nach civile ius freigewordenen Mann in die Sklaverei zurückversetze.

libertates zum Schaden des bonorum possessor gültig werden, darin ein gegen den letzteren gerichteter dolus zu erkennen und deshalb die actio de dolo begründet sei [272].

Ueber die tutoris datio haben wir keinen Quellenausspruch. Ist ihre Anordnung formell gehörig erfolgt, so erhält sie die volle civile Gültigkeit durch den Antritt des Erben; der Prätor aber wird, da das Interesse des contra tabulas bonorum possessor nicht im Mindesten davon berührt wird, keinen Grund gehabt haben, die gültige tutela zu vernichten. Wenn jedoch, wie hier gewöhnlich, der Antritt der hereditas gerade der contra tabulas bonorum possessio wegen unterbleibt, so läßt sich nicht einsehen, weshalb der Prätor abgeneigt gewesen sein sollte, die tutoris datio durch seine Konfirmation aufrecht zu erhalten [273].

Eine ähnliche Bewandtnis hat es schließlich mit der Pupillarsubstitution. Nach der allgemeinen Regel wird jede Erbeseinsetzung, sofern der Eingesetzte ein extraneus ist, durch die contra tabulas bonorum possessio außer Wirksamkeit gesetzt: demnach, so würde sich weiter schließen lassen, auch die Pupillarsubstitution, denn sie ist gleichfalls eine Institution. Aber jene Beseitigung bezweckt doch nur den Vortheil des contra tabulas bonorum possessor: da nun diesem aus dem Bestand der Pupillarsubstitution ein Nachtheil nicht erwächst, so liegt ihre Verwerfung gerade so außerhalb dem prätorischen Prinzip, wie die des vorigen Falles; sie wäre ein Fehler, von welchem die römische Jurisprudenz sich frei hält. Diese nämlich geht überall davon aus, daß die Pupillarsubstitution gültig bleibe trotz der contra tabulas bonorum possessio [274]. Voraussetzung dabei ist natürlich gültige Errichtung; denn eine in ungültiger Weise errichtete ist eben keine. Eine bestrittene Frage von verhältnismäßig untergeordneter Bedeutung ist folgende. Bekanntlich ist es Grundsatz, daß, wenn aus dem väterlichen Testament nicht geerbt wird,

272) Fr. 8 § 2 de legatis praestandis.

273) Unsere Literatur ist hierüber ziemlich einig.

274) Fr. 34 § 2. Fr. 35 de vulgari et pupill. subst. Fr. 126 p. de legat. I. Fr. 103 § 3 de legat. III.

auch die secundae tabulae zusammenfallen[275]. Es fragt sich nun, leidet dieses Prinzip auf den vorliegenden Fall in der Art Anwendung, daß auch dann, wenn wegen ergriffener contra tabulas bonorum possessio Niemand aus dem väterlichen Testament Erbe wird, die Pupillarsubstitution vernichtet ist? Das bejahen die meisten und angesehensten Rechtslehrer (Francke, Mühlenbruch, Vangerow), während es einzelne verneinen (Uhrig, Hingst). Gewiß ist, daß wenn der institutus impubes die contra tabulas bonorum possessio commisso per alium edicto sich erbat, die Pupillarsubstitution ihre Gültigkeit behält, wäre auch Niemand sonst aus dem väterlichen Testament Erbe geworden[276]. In den Prinzipien der Pupillarsubstitution kann meines Erachtens dafür der Grund nicht liegen[277]. Was ist natürlicher, als die Annahme, daß man diese Aufrechterhaltung als eine Erweiterung des, den Antritt der testamentarischen Erbschaft nicht zur Voraussetzung habenden edictum de legatis praestandis ansah, mithin sie dem Prinzipe dieses Edikts gemäß nicht blos in dem obigen Fall, sondern bei nachgesuchter contra tabulas bonorum possessio überhaupt gelten

275) Fr. 2 p. § 1. Fr. 10 § 4 de vulgari. Cfr. § 5 I. de pupill. subst.

276) Fr. 5 p. de legatis praest.

277) Anders denkt darüber Francke. Nach ihm liegt der Grund darin, daß der impubes ipso iure Erbe geworden und daß für den Bestand der Pupillarsubstitution darauf nichts ankomme, ob der heres die hereditas materiell behalte oder nicht. Aber gerade der letzte Satz ist zu bestreiten. Die im Testament eingesetzten sui heredes, welche sich abstiniren um ab intestato bonorum possessores zu werden, fallen unter das edictum si quis omissa causa, sie bezahlen also die Legate nicht weil sie heredes sind, sondern obgleich durch den Prätor von diesem civilrechtlichen Verpflichtungsgrunde befreit, aus einem besonderen anderen, vom Prätor aufgestellten Grunde: Fr. 1 § 7 si quis omissa. In diesem Falle wird auch die Pupillarsubstitution auf Grund desselben Edikts aufrecht erhalten: Fr. 2 § 1 de vulgari. Wäre der Satz richtig, daß die letztere, sobald ein heres aus dem väterlichen Testament vorhanden, schlechthin ihre Wirksamkeit behalte, so würde, wenn der institutus pupillus sich abstinirt, die Pupillarsubstitution schlechthin gültig sein, nicht erst auf Grund des edictum si quis omissa causa. Vergl. Uhrig p. 69 ff.

ließ[278], wenn auch Niemand aus diesem Testament Erbe geworden war[279]?

278) Also namentlich auch wenn der suus impubes exheredirt ist, ein emancipatus praeteritus die contra tabulas bonorum possessio nimmt und in Folge davon die extranei instituti die Erbschaft nicht antreten. Für diese Behauptung kann man sich auch auf Afrikanus in Fr. 34 § 2 de vulgari berufen; denn wenn auch richtig sein mag, daß der Jurist zunächst den Fall im Auge hatte, wo der Pupill die bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto erhielt (vergl. Francke p. 143), so steht doch nichts im Wege, den Ausspruch des Anfangs allgemein zu verstehen, wie er lautet.

279) Die Frage, welche Legate der Pupillarsubstitut dann zu leisten habe, wenn der Pupill die contra tabulas bonorum possessio erhielt, ist eine der Pupillarsubstitution, nicht des Notherbenrechts. Ihre Lösung ist an sich einfach. 1) In Bezug auf die dem Pupillen aufgelegten Legate haftet der Pupillarsubstitut als successor des Belasteten, also gerade so weit wie dieser selber: Fr. 11 § 5 ad legem falcid. Fr. 5 p. de legatis praest. [Dem widerspricht *Fr.* 103 § 2 *de legatis III.*: Si filius ex uncia heres institutus sit et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus eius utrum ex uncia legata praestet, an vero ex semisse? Et verius est ex semisse, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus. Demnach soll von den dem Pupillen aufgelegten Legaten der Substitut leisten a) die durch die contra tabulas bonorum possessio unwirksam gewordenen nach dem Theil, zu welchem der Pupill instituirt war; b) die durch das edictum de legatis praestandis aufrecht erhaltenen nach der Quote, zu welcher der Pupill bonorum possessor wurde. So richtig der zweite Satz ist, ebenso unhaltbar und jedes Prinzips ledig ist der erste. Cujaz (observat. III, 6) hat es versucht, namentlich durch den Strich einer ganzen Zeile, der Stelle einen vernünftigen Sinn zu geben: was freilich ein, über jedes zulässige Maß hinausgehendes, gewaltsames Verfahren ist. Einen anderen Weg schlägt Leist (II, 1 p. 189) ein und ihm folgt Hingst p. 217; um den Text zu retten, nimmt er an, es sei Skävola von der unhaltbaren Ansicht ausgegangen, daß der suus institutus, welcher die contra tabulas bonorum possessio commisso per alium edicto erhielt, die Legate an Alle überhaupt nach seinem Institutionstheil, die an die exceptae personae nach Maßgabe des durch die bonorum possessio vergrößerten Erbtheils zu zahlen habe. Aber es wäre doch, von anderen Einwendungen abgesehen, in der That seltsam, wenn der Jurist, um diesen der allgemeinen Ansicht widersprechenden, den Pupillen betreffenden Satz aufzustellen, von dem Substituten und nicht von dem Pupillen selber gesprochen hätte. Wie dem auch sei, daß die Stelle nicht dazu angethan, das einleuchtende

Resultat von Fr. 5 p. irgendwie zu verändern, wird allgemein zugegeben]. 2) Die dem Pupillarsubstituten selbst aufgelegten Legate (deren gültige Bestellung davon bedingt ist, daß der Vater entweder den Pupillen oder den Substituten unter die heredes im eigenen Testament aufnahm: Mühlenbruch p. 18 gegen Francke p. 143. 157) hat derselbe der Regel nach als gewöhnlicher testamentarischer Erbe insgesammt zu leisten, natürlich nach Abzug der quarta falcidia: Fr. 5 p. Wenn nun der Pupill selbst die contra tabulas bonorum possessio commisso per alium edicto nachgesucht hat und gemäß dem Obigen die Pupillarsubstitution aufrecht erhalten wird, so fragt es sich, nach welcher Quote leistet der Pupillarsubstitut die ihm selber aufgelegten Legate? Die von Ulpian in Fr. 5 p. § 1 de legatis praestandis gegebene, im justinianischen Recht gültige Antwort lautet: nach der Quote, welche er von dem väterlichen Vermögen durch das Medium des Pupillen wirklich erhalten hat. Aber daß für den Fall, wo in Folge jener contra tabulas bonorum possessio der Pupillarsubstitut mehr erhielt als die ihm vom Vater zugedachte Portion, auch eine andere Meinung bestand, beweist die von Ulpian gewählte Ausdrucksweise (magis est) unwidersprechlich. Welche diese Meinung war, dafür liegt die Antwort vielleicht in dem schon besprochenen Fr. 103 § 2. Allerdings spricht dieser Paragraph, so wie er lautet, von den dem institutus aufgelegten Legaten; aber es wird mit Hinblick auf die Sache selbst und auf § 3 Cujaz zuzugeben sein, daß darin ein Fehler liege (auch das Principium und § 1 enthalten entschiedene, schon von Cujaz erkannte Fehler der Abschreiber; vielleicht ist überdies im Principium anstatt intra pubertatem zu lesen infra pubertatem) und der von ihm vorgeschlagenen Transposition wird statt zu geben sein. Lassen wir nun lediglich mit dieser, durchaus nichts ungewöhnliches uns zumuthenden Aenderung im Uebrigen die Stelle wie sie lautet [Si filius ex uncia heres institutus sit, habeat et substitutum et ab eo legata data sint, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus eius utrum ex uncia legata praestet an vero ex semisse? Et verius est ex semisse, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus], so bespricht sie dieselbe Zweifelsfrage, welche Fr. 5 § 1 berührt und bringt folgende, ganz wohl begreifliche Unterscheidung: der Regel nach leistet der Pupillarsubstitut die ihm persönlich aufgelegten Legate nach Maßgabe der Quote, welche ihm durch den väterlichen Willen selbst zugedacht war; davon ist jedoch nach der Analogie des, für den impubes in Anwendung gekommenen edictum de legatis praestandis zu Gunsten der liberi et parentes die Ausnahme zu machen, daß diese den Anspruch haben, nach der durch die contra tabulas bonorum possessio vermehrt ihm zugekommenen Quote beurtheilt zu werden.

Novelle 115.

Vielleicht auf keinem anderen Gebiete des Privatrechts hat sich Justinian's gesetzgeberische Thätigkeit umfassender erwiesen, als auf dem des Erbrechts. Das Intestaterbrecht verdankt ihm eine wichtige, in klaren Zügen vor uns liegende, der Hauptsache nach gelungene Neugestaltung. Auch in das Notherbenrecht hat er in höchst bedeutsamer Weise eingegriffen: nur ist der Inhalt gerade seines wichtigsten, hierher gehörigen Gesetzes in einem ganz ungewöhnlichen Maße bestritten, namentlich und vor Allem aber bestehen die allerverschiedensten Ansichten über die, uns hier allein interessirende Frage, was dieses Gesetz in Bezug auf das formelle Recht der Notherben gewollt und gethan.

Werfen wir zuerst einen Blick auf diejenigen, das formelle Notherbenrecht angehenden Gesetze Justinian's, welche derselbe vor Novelle 115 erließ. In der Hauptsache beziehen sie sich zu einem Theil auf die Form der Exheredation, zu einem andern auf die Folgen der Präterition.

Was zunächst die Exheredationsform anlangt, so hat der Kaiser dieselbe in einem Punkte erleichtert. Im März des Jahres 531 nämlich verordnete er, daß der Ausdruck exheres nicht mehr nothwendig sein, vielmehr eine jede, den Sinn klar ausdrückende Redeform genügen solle, z. B. ille filius meus alienus meae substantiae fiat [1]. Durch diese Vorschrift wurde in Wahrheit nur ausgesprochen, was in dem allgemeinen Zug der Legislation begründet lag. Denn nachdem schon vor fast zweihundert Jahren Konstan-

---

1) C. 3 de liberis praeteritis. Vergl. Abschnitt I Anm. 144.

tin's Söhne die Beobachtung bestimmter Wortformen sowohl bei der heredis institutio als bei den Legaten für unwesentlich erklärt hatten[2]: erschien die Beibehaltung dieser Wortstrenge bei der Exheredation zwar als durch den Satz exheredationes non esse adiuvandas erklärlich, aber dennoch als für die Dauer unhaltbar.

Im September desselben Jahres hat dagegen Justinian die Form der Exheredation in einem andern Punkte sehr bedeutend verschärft[3]. Er bestimmt, daß künftighin alle formell berechtigten Notherben überhaupt Anspruch auf nominatim zu bewerkstelligende Exheredation haben sollen, also nicht blos die Söhne, sondern auch die Töchter, die als Notherben berechtigten Enkel[4] und alle Postumen, auch die weiblichen.

Das ist Alles, was der Kaiser in Bezug auf diese Form im Codex neu geordnet hat. Denn wenn auch eine gewichtige Auktorität die Ansicht aufstellt, es habe derselbe überdies im Jahre 528, also schon drei Jahre vor dem Erlaß der eben genannten Gesetze, die Nothwendigkeit des formellen Bedenkens für den Fall schlechthin abgeschafft, wo dem betreffenden Notherben im Testament irgend etwas zugewendet wurde, und nur noch für den anderen Fall beibehalten, wo jenem gar nichts zugedacht war: so hat doch die neuere Litteratur ziemlich einstimmig, und meines Dafürhaltens mit Recht, diese Auffassung für nicht begründet erklärt[5].

---

2) C. 15 de testamentis. C. 21 de legatis; beide Gesetze tragen dasselbe Datum: Kal. Februar. 339.

3) C. 4 de liberis praeteritis. Vergl. Abschnitt I Anm. 175.

4) Ueber die Worte am Schluß des ersten Paragraphen dieses Gesetzes: Et haec non solum in filiabus obtinere sed etiam in nepotibus et neptibus et deinceps observari censemus, *si tamen ex masculis progeniti sunt* spricht ausführlich Mühlenbruch p. 97 ff. Ihr einfacher Sinn ist: das Gesetz hat nicht die Absicht, die Zahl der formellen Notherben zu vermehren, es bezieht sich nur auf die Beschaffenheit der Form.

5) Die hier in Frage stehende C. 30 de inofficioso testamento (Juni 528) gehört zweifellos in der Hauptsache der Lehre vom Pflichttheil an; sie verordnet nämlich, daß die querela inofficiosi testamenti zwar dann bestehen bleiben solle, wenn dem Pflichttheilsberechtigten gar nichts zugewendet wurde, daß sie dagegen

Das, was der Kaiser über die Wirkung der Präterition vor der Novelle 115 bestimmte, besteht in der Hauptsache in Folgendem:

a) An der Unterscheidung zwischen civilen und prätorischen Notherben hält er unbedingt fest: nur bei jenen gibt es eine Nullität

---

hinwegfalle bei dem Vorhandensein einer letztwilligen, den Betrag des Pflichttheils nicht erreichenden Zuwendung und daß hier lediglich auf Ergänzung des Pflichttheils solle geklagt werden dürfen. Das, was durch diese Neuerung beseitiget wird, bezeichnet Justinian als die Möglichkeit, das Testament durch die querela inofficiosi testamenti oder auf andere Weise zu beseitigen (vel alio modo subvertere). Die letzten Worte urgirend behauptet nun Francke, es könne unter dieser anderen, ebenfalls vom Kaiser aufgehobenen Art, das Testament zu beseitigen, nichts anderes verstanden sein, als die wegen Präterition eintretende civile Nullität und die aus gleichem Grunde zu gewährende contra tabulas bonorum possessio; demnach sei gesagt, daß, wenn ein formell berechtigter Notherbe zwar unter den Erben präterirt aber zugleich mit einem Vermächtnisse bedacht wurde, die Präterition gleichgültig erscheine. Dagegen wird einzuwenden sein: *a*) Eine solche theilweise Beseitigung des formellen Requisits ist an sich wenig wahrscheinlich. *b*) Es ist schwer zu glauben, daß der Kaiser diese theilweise Beseitigung eines Jahrhunderte alten Rechtsinstituts durch beiläufige, zweideutige Worte vorgenommen. *c*) Justinian's Ausdrücke passen nicht auf die Beseitigung der civilen Nullität (testamentum subvertendum queri). *d*) Einige Jahre nach Erlaß dieses Gesetzes geht Justinian selber davon aus, daß durch Zuwendung eines Legats die Unzulässigkeit der Präterition keineswegs beseitiget sei, C. 4 § 2 de liberis praeteritis; und daß er damals nicht etwa schon wieder vergessen, was er in C. 30 verordnete, beweist er durch die, im Eingang von C. 4 vorkommende Berufung auf C. 30. *e*) Das alio modo subvertere läßt eine andere als die Francke'sche, vollkommen genügende Deutung zu; die herrschende Meinung bezieht diese Worte mit Recht auf das Pflichttheilsrecht des Patrons und des parens manumissor. Daß nämlich die actio ad supplendam legitimam auch diesen Fall mitbegriffen habe, wird uns ausdrücklich bezeugt [§ 3 I. de succes. libert. Meines Wissens zuerst Fuhr, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß VII p. 306, beruft sich auf C. 4 § 11 de bonis libertorum und Andere haben sein Citat wiederholt: aber die Worte, welche er als diesem § 11 angehörige anführt, sind nicht da, sondern im § 3 I. cit. zu lesen] und es ist das sachlich ganz begreiflich. [Zwar hatte schon die bonorum possessio contra tabulas des Patrons und des parens manumissor die Funktion, daß man durch sie auch das Mangelnde ergänzen konnte, § 1 I. de successione libert.. aber die Art, wie das zu geschehen hatte, war eine wesentlich verschiedene, welcher gegenüber die actio ad supplendam legitimam zwei bedeutende Vortheile bietet: *a*) Die bonorum pos-

des Testaments, diese haben lediglich die Befugnis, das an sich gültige Testament durch die contra tabulas bonorum possessio zu beseitigen[6].

b) Wenn irgend ein zu den sui Gehöriger präterirt ist, so ist das Testament schlechthin ipso iure nichtig; wenn irgend ein lediglich prätorischer Notherbe präterirt ist, so hat die contra tabulas bonorum possessio stets ihre volle Wirksamkeit[7]. Auch hierin liegt eine wesentliche Vereinfachung und zugleich eine wesentliche Verschärfung des Rechts[8].

---

sessio contra tabulas muß in der, für die bonorum possessio überhaupt gültigen Frist bei dem Magistrat nachgesucht werden: die actio ad supplendam ist frei von dieser Formalität und von dieser Frist. *b*) In Folge der bonorum possessio wird man prätorischer Miterbe, hat also die gesammten Lasten der Erbschaft zu seiner Quote zu übernehmen: die actio ad supplendam ist einfach eine persönliche Klage wider den Erben.] Da nun seit C. 30 diese, den Pflichttheilsberechtigten zum theilweisen Erben machende, also das Testament zu einem Theil beseitigende bonorum possessio in dem betreffenden Fall beseitiget ist, so läßt sich mit Justinian davon auch sagen occasionem subvertendae testamentorum dispositionis amputare censemus.

6) Das ist so klar wie irgend möglich in C. 4 § 1 de liberis praet. gesagt. [Sancimus itaque, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance mares atque feminae vocantur, ita et in scriptura testamentorum eas honorari et similibus verbis exheredationes nominatim procedere et contra tabulas bonorum possessionem talem habere qualem filius suus vel emancipatus, ut et ipsa si fuerit praeterita ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso iure evertat vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur ——] Nichtsdestoweniger hat sich Theophilus (§ 5 I. de exhered. lib.) zu der Behauptung verleiten lassen, es sei gerade durch diese Konstitution der Unterschied zwischen sui und emancipati in der Art beseitiget worden, daß auch die Präterition der letzteren das Testament von selber vernichte. Dieser Irrthum war offenbar nur dadurch möglich, daß der byzantinische Jurist lediglich die, in den Institutionen Justinian's gegebene, etwas unklar gefaßte Relation der Konstitution nachgelesen, nicht aber diese selber. Uebrigens erkennt derselbe Theophilus an einer anderen Stelle (§ 4 I. de bonorum possessionibus) das Fortbestehen dieses Unterschiedes mit vollkommener Harmlosigkeit ausdrücklich an.

7) C. 4 § 1 de liberis praeteritis.

8) Das zeigt sich in folgenden Punkten: *a*) Bis auf C. 4 beschränkte sich,

c) Was den Eintritt der civilen Nichtigkeit betrifft, so entscheidet sich Justinian für die strenge Meinung der Sabinianer, wonach bei dem Vorhandensein präterirter sui iam nati jene unmittelbar mit Errichtung des Testaments beginnt[9].

So viel der Codex. Das Resultat ist demnach, daß Justinian, weit entfernt an dem Bestehen des formellen Notherbenrechts irgend Anstoß zu nehmen, im Gegentheil die Requisite der Form im Allgemeinen gesteigert und ihre Verfehlung mit den strengsten Folgen begleitet hat.

Das ist der Boden, auf welchem jene angeblich räthselhafte Quelle unlösbarer Schwierigkeiten, die viel besprochene und viel berufene hundert und fünfzehnte Novelle im Jahre 542 erwachsen ist[10]. Aber diese Schwierigkeiten liegen, wie ich glaube, nur zu einem Theile in der Novelle selber; ihren hauptsächlichen Grund haben sie meines Dafürhaltens in dem anderen Umstand, daß man in dem Gesetze des sechsten Jahrhunderts die Befriedigung moderner Bedürfnisse glaubte suchen und finden zu müssen. Versuchen wir es, ohne vorgefaßte Meinung den Inhalt der Novelle so weit klar zu legen, als unsere Aufgabe das erfordert.

I. Der erste Schritt der Novelle besteht darin, daß sie die Zahl der formell berechtigten Personen vermehrt. Während nämlich bis dahin ein solches Recht lediglich und allein den Kindern gegenüber

---

von den Postumen abgesehen, die wegen Präterition eintretende civile Nullität des Testaments auf die filii sui; denn die filiae suae und die nepotes sui hatten nach civile ius lediglich Akkrescenzrecht. Seit C. 4 bringt die Präterition auch der letzteren Nullität. [Und eine solche Präterition liegt nunmehr auch für sie vor, sobald sie nicht nominatim exheredirt sind.] b) Bis auf C. 4 bringt die contra tabulas bonorum possessio nur für die männlichen Nachkommen volle Rescission, dagegen lediglich Akkrescenzrecht für die weiblichen (Antoninus). Seit C. 4 gilt jene vollständige Rescission für alle, auch die weiblichen Nachkommen.

9) p. I. de exheredatione liberorum. Vergl. Abschnitt I Anm. 56.

10) Bei einer so hervorragenden Frage wird es angemessen sein, unter Hinweisung auf die vorzüglichen selbstständigen Bearbeitungen und auf die klaren kritischen Uebersichten von Arndts und namentlich von Vangerow den gegenwärtigen Stand der Litteratur als im Allgemeinen bekannt vorauszusetzen.

dem Testamente ihres Vaters oder väterlichen Großvaters zustand, werden durch die Novelle zu formell Berechtigten erhoben:

1) Die Descendenten überhaupt gegen alle Ascendenten, deren Intestaterben sie geworden wären, also, anders als bisher, auch

a) gegen die Mutter,

b) gegen die väterliche Großmutter,

c) gegen die mütterlichen Großeltern u. s. w.[11]

2) Die Ascendenten gegen ihre testirenden Descendenten, unter der gleichen Voraussetzung der Berechtigung ab intestato[12].

Bei dieser Erweiterung des Kreises, welcher zu der väterlichen Gewalt überhaupt in keinem Zusammenhange mehr steht, weder in einem unmittelbaren noch in einem mittelbaren, ist der Einfluß des Pflichttheilsrechtes unverkennbar. In dem neuesten Rechte Justinian's erscheint als formell berechtiget die Gesammtheit Derjenigen, aber auch nur Derjenigen, welche schlechthin, d. h. allen eingesetzten Erben gegenüber, pflichttheilsberechtiget sind[13].

II. Die Notherben des bisherigen Rechts haben lediglich einen alternativen Anspruch auf Einsetzung oder Enterbung. Das zweite Moment der in der Novelle angeordneten Neuerungen besteht darin,

---

11) Im Eingang des dritten Kapitels heißt es: *θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ ἢ μητρὶ, ἢ πάππῳ ἢ μάμμῃ ἢ προπάππῳ ἢ προμάμμῃ τὸν ἴδιον υἱὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας* praeteritos *καταλιμπάνειν ἢ ἄπο κληρονόμων ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ* — —

12) Kapitel vier beginnt mit folgenden Worten: *Δίκαιον δὲ εἶναι συνείδομεν καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου περὶ τῶν διαθηκῶν τῶν παίδων τὰ αὐτὰ μετά τινος διαστίξεως διατυπῶσαι. Θεσπίζομεν τοίνυν μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς* praeteritous *καταλιμπάνειν ἢ καθ' οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι* —

13) Auf diesen Zusammenhang mit dem Pflichttheilsrecht weist Kapitel drei selbst hin, wenn es nach den oben angeführten Worten fortfährt: *κἂν εἰ δι' οἱασδήποτε δωρεᾶς ἢ ληγάτου ἢ φιδεϊκομμίσσου ἢ ἄλλου οἱουδήποτε τρόπου τὴν ἐκ τῶν νόμων αὐτοῖς ὀφειλομένην μοῖραν παράσχοιεν.* Dabei ist es sehr natürlich, daß die Novelle unter die formell Berechtigten diejenigen Pflichttheilsberechtigten nicht aufnimmt, welche es nicht allen, sondern nur bestimmt qualificirten Erben gegenüber sind, also die Geschwister.

daß sie allen oben genannten Personen als Regel geradezu ein Recht gibt auf Erbesernennung[14]. Der Gesichtspunkt, von welchem aus dasselbe gewährt wird, steht in entschiedenem Zusammenhang mit der damals geschichtlich festgestellten Bedeutung der Institution. Jene sollen der Regel nach einen gesetzlichen Anspruch haben auf den in der heredis institutio gelegenen honor[15]; nicht blos der Präterition, auch der Exheredation wird der Charakter einer nicht zu duldenden Beleidigung beigemessen[16]. Aus dieser Auffassung und nur aus ihr erklärt sich zugleich vollkommen die weitere, ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes, daß durch Einsetzung auf eine certa res dem Rechte jener Personen genügt werde[17]; der honor institutionis ist

14) Das wird zuerst im Cap. III p. und Cap. IV p. in der Negative ausgesprochen (*μὴ ἐξεῖναι* praeteritο*υς καταλιμπάνειν*), sodann geradezu positiv in Cap. V: *Εἰ δέ τινες κληρονόμοι ὀνομασθεῖεν* —

15) In dem fünften Kapitel wird auf das, in der Erbeseinsetzung liegende *τιμηθῆναι* entscheidendes Gewicht gelegt; ebenso hat die Hinzufügung in Cap. III p., daß die Hinterlassung des Pflichttheils von der Pflicht zu instituiren nicht befreien solle, den gleichen Sinn. Daraus folgt andererseits, daß der Notherbe in eigener Person einzusetzen sei, also die Einsetzung eines Andern, durch welchen er erwirbt, nicht genüge (vergl. Abschnitt I Anm. 114). — Uebrigens ist der hier verwirklichte legislative Gedanke keineswegs absolut neu, seine Anfänge lassen sich auf Augustus zurückführen: vergl. Abschnitt I Anm. 49.

16) Justinian sagt im fünften Kapitel: *μία γάρ ἐστι τῆς ἡμετέρας γαληνότητος φρόντις, τὸ τὴν ὕβριν τῆς* praeteritiono*ς καὶ* exheredationo*ς τῶν γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνελεῖν*. (Damit steht in Uebereinstimmung, daß am Schluß des vierten Kapitels Präterition und Exheredation als gerechte Strafen des Undanks bezeichnet werden.) Uebrigens mag hier beiläufig darauf hingewiesen werden, daß die Worte, deren sich der Kaiser im Eingang von Kapitel fünf bedient: *ταῦτα δὲ διετυπώσαμεν, ἵνα καὶ τοὺς γονεῖς καὶ τοὺς παῖδας ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθερώσωμεν* keineswegs, wie namentlich Mühlenbruch anzunehmen scheint, auf die Beseitigung von Allem und Jedem bezogen werden dürfen, was man zu Justinian's und zu unseren Zeiten etwa für testamentorum iniuria zu halten geneigt ist, daß vielmehr dieser etwas weit gefaßte Satz durch den bald nachfolgenden, im Eingang dieser Anmerkung angeführten seine Begrenzung erhalte: mithin der Kaiser lediglich dasjenige Unrecht im Sinn hat, welches man dadurch begeht, daß man dem Notherben ungerechtfertigter Weise die Ehre der Institution entzieht.

17) Cap. IV.

unabhängig von der Größe des zugewendeten Betrags. Daraus endlich, daß die Betreffenden ein Recht auf Institution haben, löst sich die, in der Novelle nicht berührte Frage, ob der Einsetzung eine Suspensivbedingung beigegeben werden dürfe. Die Potestativbedingung ist deshalb zulässig, weil die unter einer solchen erfolgte Institution nach römischer Auffassung der unbedingten gleichsteht. Dagegen ist die kasuelle verwerflich; denn es kann dem Erblasser nicht gestattet sein, die Verwirklichung des dem Notherben kraft Gesetzes zustehenden Rechts durch seine Willkür vom Zufall abhängig zu machen. Demnach ist — da von Anwendung der Prinzipien des alten formellen Notherbenrechts nicht die Rede sein kann — gemäß dem, für die Erbeseinsetzung allgemein gültigen Grundsatz eine solche Einsetzung als unbedingt erfolgt zu betrachten[18].

III. Aber dieses unbedingte Recht auf Institution haben die genannten Personen nur dann, wenn sie sich bis zum Tode des Erblassers benommen haben, wie es sich gebührt. Im anderen Falle steht ihnen nach dem Ausspruche der Novelle zwar auch ein formelles, aber lediglich ein alternatives Recht zu, darauf gerichtet, daß man sie entweder instituire oder im Testament selbst den Grund angebe, weshalb man das nicht thut[19]. Wird von der letzten Befugnis Ge-

18) Vergl. Vangerow p. 335 und die daselbst angeführten abweichenden Ansichten.

19) *Cap. III p.*: — *μὴ ἐξεῖναι* praeteritous *καταλιμπάνειν ἢ ἄπο κληρονόμων ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ — — εἰ μὴ τυχὸν ἀχάριστοι ἀποδειχθεῖεν, καὶ αὐτὰς ὀνομαστὶ τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ.* *Cap. III* § 14: *Εἴτε τοίνυν πάσας τὰς εἰρημένας τῆς ἀχαριστίας αἰτίας, εἴτε φανερὰς ἐξ αὐτῶν, εἴτε μίαν οἱανδήποτε οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ, καὶ οἱ γραφόμενοι κληρονόμοι τὴν ὀνομασθεῖσαν ἢ ὀνομασθείσας αἰτίας ἢ μίαν ἐξ αὐτῶν ἀληθῆ εἶναι δείξειαν, τὴν διαθήκην τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν παρακελευόμεθα.* Ebenso heißt es von dem Testamente der Kinder in *Cap. IV p.*: *εἰ μὴ τὰς αἰτίας, ἃς ἀριθμοῦμεν, ἐν ταῖς ἰδίαις ἰδικῶς ἐγγράψοιεν διαθήκαις* und ferner in § 9 desselben Kapitels: *Εἰ τὰς τοιαύτας τοίνυν αἰτίας, ἢ φανερὰς ἐξ αὐτῶν, ἢ μίαν οἱ παῖδες ἐν ταῖς ἰδίαις γράψαιεν διαθήκαις, καὶ οἱ γραφόμενοι παρ' αὐτῶν κληρονόμοι ἢ πάσας φανερὰς ἢ μίαν ἐκ τούτων ἀποδείξειαν, τὴν διαθήκην ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ διαμένειν προστάττομεν.* — Sobald ein zulässiger Enterbungsgrund im Testa-

brauch gemacht, so soll es, wie die Novelle ausdrücklich hinzufügt [20], die Sache des eingesetzten Erben sein, die Wahrheit des angeführten Grundes zu erweisen [21].

Daß der Kaiser die ausdrückliche Anführung des Enterbungsgrundes im Testament zu einer formellen Nothwendigkeit erhebt, ist, legislativ betrachtet, sehr begreiflich. Denn wenn, wie wir sicher wissen, das bisherige Recht keine derartige Vorschrift enthielt [22], so wird dieser Mangel in der Praxis der querela inofficiosi testamenti dazu geführt haben, daß in vielen Fällen der Beklagte, um die Abweisung der Klage herbeizuführen, das ganze Leben des Klägers bis in seine intimsten Beziehungen, Wahres und Unwahres miteinander

---

ment sich vorfindet, ist dem, durch die Novelle begründeten Rechte des Notherben vollständig genügt. Daher kann nunmehr der Erblasser denselben auch unter einer kasuellen Bedingung zum Erben einsetzen, gerade wie jeden Dritten, der kein Notherbenrecht hat (darüber streitet man ohne Grund).

20) Cap. III p. § 14. Cap. IV § 2. 9.

21) Der allgemeine Entwickelungsgang des Notherbenrechts ist überhaupt folgender:

1) Alle Testirenden brauchen schlechthin Niemanden zu berücksichtigen (Recht der Zwölftafeln).

2) Der testirende paterfamilias muß über sein Hauskind ein Urtheil aussprechen, entweder dasselbe ehrend durch Institution oder es verurtheilend durch Exheredation (ius civile nach den Zwölftafeln).

3) Der testirende paterfamilias muß in gleicher Weise ein Urtheil aussprechen über sein emancipirtes Kind (Prätorisches Recht).

4) Ein bestimmter Kreis von der Natur nahe gestellter Personen (Kinder, Eltern, unter Umständen Geschwister) müssen, sofern sie sich gegen den Erblasser benommen haben wie sich gebührt, im Testament eine bestimmte Quote ihres Intestaterbtheils erhalten (Praxis des Centumviralgerichts).

5) Die Gesammtheit der letztgenannten Personen mit Ausnahme der Geschwister erhält ein formelles, je nach der Lage der Sache verschiedenes Recht: a) wenn sie kein Vorwurf trifft, so müssen sie durch Institution geehrt werden; b) im gegentheiligen Falle sind sie entweder zu instituiren oder es ist ein, vom Gesetz anerkannter Grund anzugeben, weshalb das nicht geschieht (Justinian).

22) Den ersten vorbereitenden Schritt werden wir in C. 30 de inofficioso testamento (528) zu erkennen haben. Hier nämlich bestimmt Justinian, daß die a. suppletoria dann ausgeschlossen sein soll, wenn der Erblasser den Notherben im Testament als ingratus ausdrücklich bezeichnet hat.

verbindend, in einer, der Absicht des Erblassers selbst widerstrebenden, wahrhaft skandalösen Weise durchmusterte. Dawider liegt in der neuen Bestimmung eine Schranke: das, worauf der Erblasser selber kein Gewicht gelegt hat, kann auch der Erbe nicht aus der heilsamen Dunkelheit hervorholen.

IV. So wenig in dem Rechte der Querel vor der Novelle die Vorschrift bestand, daß der Enterbungsgrund im Testament selber angegeben werden müsse, ebenso wenig war die Frage nach der Zulässigkeit der einzelnen Enterbungsgründe vollständig von den Gesetzen beantwortet, vielmehr unterlag die Sache in den meisten Fällen dem Ermessen des Richters. Wenn nun auch für dieses die Praxis der Jahrhunderte einen bestimmteren Anhalt geboten haben mag: im Allgemeinen war der individuellen Auffassung des einzelnen Richters, ja selbst seiner Willkür, doch keine genügende Schranke gezogen; offenbar am wenigsten aber in dem Orient, wo ein sicherer Zusammenhang mit der italienischen Praxis keinesfalls bestehen konnte. Diese Umstände bewogen den Kaiser, die Enterbungsgründe in der Novelle selber zweifellos festzustellen.

Das Gesetz bediente sich als allgemeiner Bezeichnung für die Gründe der Enterbung überhaupt des Ausdrucks *ἀχαριστία*, und zwar nicht blos für die Gründe, aus denen die Kinder, sondern auch für die anderen, aus denen die Eltern enterbt werden können[23]. Die einzelnen, im Gesetz aufgezählten, sollen hier nicht wiederholt werden[24]. Im Allgemeinen lassen sich die Gründe, aus denen den Eltern die Enterbung der Kinder gestattet wird, unter drei Gesichts-

---

23) Das ergibt sich namentlich aus Cap. IV § 9. Denn von dem Satze an: *Εἴ τι δὲ κ. τ. λ.* spricht der Kaiser von den Bestimmungen beider, des dritten und des vierten Kapitels, also von Kindern und Eltern zugleich und sagt schließlich ebenfalls von beiden: *Καὶ αὗται μὲν τῆς* exheredationος *ἢ* praeteritionος *αἱ ποιναὶ τό γε εἰς τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας κατὰ τῶν εἰρημένων προσώπων διετυπώθησαν.* [Der Ausdruck *αἰτία ἀχαριστίας* ist natürlich eine Abkürzung des Sprachgebrauchs.]

24) Die Novelle ist hier verhältnismäßig klar und unsere Litteratur ausführlich genug.

punkte bringen: a) direkte Verletzung der Person der Eltern[25], b) indirekte Verletzung durch liebloses Benehmen[26], c) indirekte Verletzung durch die Unwürdigkeit der eigenen Persönlichkeit, also dadurch, daß man den Eltern Schande macht[27]. Aehnlich beruhen die den Eltern gegenüber anerkannten Enterbungsgründe: a) auf direkter Verletzung der Pflicht gegen das Kind[28], b) auf indirekter Verletzung des Kindes durch direkte Verletzung des anderen Elterntheils[29], c) auf Unwürdigkeit der eigenen Persönlichkeit[30].

Dabei sah der Kaiser sich veranlaßt, zur Vermeidung von Unsicherheit und Unklarheit ausdrücklich zu verordnen, daß die Enterbungsgründe lediglich und allein aus der Novelle selber sollen entnommen werden dürfen[31]. Der Sinn dieser Vorschrift ist klar: die Bezugnahme auf ältere Gesetze wird verboten, für die Auslegung der Novelle selber aber wird — anders als man namentlich früher anzunehmen geneigt war — überhaupt gar keine besondere Regel gegeben. Daher unterliegt die Novelle ganz denselben Interpretationsregeln wie jedes andere Gesetz. Dabei ist nur ein Punkt besonders

25) Hierher gehören Cap. III § 1. 2. 3. 5. 6. 7. 9; die einzelnen, hier aufgezählten Fälle sind in Wahrheit nur Beispiele für den, in § 2 ausgesprochenen, allgemeinen Grund *βαρεῖα ὕβρις*.

26) Cap. III § 8. 12. 13.

27) Cap. III § 4. 10. 11. 14. Auch die, in dem letzten Paragraphen als Enterbungsgrund anerkannte Ketzerei wird offenbar unter diesen Gesichtspunkt gestellt.

28) Cap. IV § 1. 2. 3. 4. 6. 7.

29) Cap. IV § 5.

30) Cap. IV § 8.

31) Das dritte Kapitel sagt im Eingang: *ἀλλ' ἐπειδὴ τὰς αἰτίας, ἐξ ὧν οἱ παῖδες ἀχάριστοι ὤφειλον κρίνεσθαι, ἐν διαφόροις νόμοις διεσπαρμένας καὶ οὐ φανερῶς εἰρημένας εὕρομεν, ὧν αἱ μὲν οὐδὲ ἄξιαι ἡμῖν πρὸς ἀχαριστίαν ἔδοξαν, ἄλλαι δέ, καίτοι ἄξιαι οὖσαι, παρελείφθησαν, διὰ τοῦτο ἀναγκαῖον εἶναι συνείδομεν ταύτας ὀνόμαστὶ τῷ παρόντι νόμῳ περιλαβεῖν, ὥστε παρὰ ταύτας μηδενὶ ἐξεῖναι ἐξ ἑτέρου ἀχαριστίας αἰτίαν ἀντιτιθέναι, εἰ μὴ τὰς τῷ ὕφει τῆς παρούσης διατάξεως περιεχομένας.* Das vierte Kapitel wiederholt diese Vorschrift nicht; dennoch ist von selber klar, daß der gleiche Grundsatz auch für die Testamente der Kinder zu gelten habe.

hervorzuheben. Die Tendenz des Kaisers ist wesentlich auf Beseitigung der bestehenden Unsicherheit gerichtet; es kann daher der Interpretation nicht gestattet sein, sei es durch vage Folgerungen aus dem allgemeinen Begriff der *ἀχαριστία* sei es durch übermäßiges Erweitern des einzelnen, im Gesetz anerkannten Grundes, jenen Zweck des Gesetzes doch wieder zu vereiteln: demgemäß ist insbesondere bei der Anwendung der Analogie große Vorsicht geboten[32].

Uebrigens gibt es hier einige Fragen von praktischer Bedeutung, welche besonders deshalb zweifelhaft sind, weil die Novelle von ihnen schweigt.

1) Kann, wo Verletzung der Person der Eltern den Enterbungsgrund abgibt, der eine Elterntheil enterben, weil der andere verletzt wurde? Diese Frage wird gewöhnlich verneint[33]; ich glaube, daß sie nach dem Geiste des Gesetzes[34] der Regel nach zu bejahen sei. Denn wer in der Gemeinschaft mit Giftmischern einen Enterbungsgrund sieht — also in einem Fall der allgemeinen Unwürdigkeit, nicht aber der Verletzung der Person des Erblassers — der kann sich nicht füglich bedenken, dem Vater das Recht zuzugestehen, daß er den Sohn deshalb enterbe, weil derselbe der Mutter nach dem Leben getrachtet hat. Ein solches Benehmen ist im Sinne des Gesetzes offenbar *ἀχαριστία* auch gegen den anderen Theil.

2) Darf der Testator eines bestimmten, bei der Testamentserrichtung noch nicht vorhandenen Enterbungsgrundes in der Art sich bedienen, daß er die Enterbung für den Fall seines späteren Vor-

32) So faßt namentlich auch Vangerow p. 338, 339 die Sache. Nur wenn er darauf besonderes Gewicht legt, daß der Kaiser die einzelnen Ursachen unter besonderen Ziffern anführe, so weiß ich nicht, worauf diese Annahme sich gründet.

33) Vergleiche z. B. Vangerow p. 339 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

34) Auf die vom Kaiser gewählten Worte ist für unsere Frage, wenn auch z. B. Mühlenbruch p. 172 anders zu denken scheint, offenbar gar kein Gewicht zu legen; denn an dieselbe nicht denkend, hat jener die Worte auch nicht mit Rücksicht auf sie gewogen.

handenseins ausspricht[35]? Gewiß ist richtig, daß Justinian lediglich von solchen Gründen redet, die bei Errichtung des Testaments schon vorhanden waren[36]. Aber damit erledigt sich diese zweite Frage ebenso wenig, als die erste aus den vom Kaiser gebrauchten Ausdrücken sich beantworten ließ; vielmehr wird es auf die Ermittelung des Willens des Gesetzgebers, also darauf ankommen, ob jener Fassung die Absicht zu Grunde lag, die Zulässigkeit noch nicht vorhandener Gründe überhaupt zu beseitigen. Das aber wird man keineswegs schlechthin bejahen können, im Gegentheil ist anzunehmen, daß der Kaiser selber gegen folgende letztwillige Bestimmung nichts würde eingewendet haben: „Meine Tochter, welche wiederholt die Neigung zum Theater kund gegeben hat, schließe ich für den Fall vom Nachlaß aus, daß sie unter die Schauspieler geht." Aber dennoch hat die Sache eine natürliche Grenze: jene Pietät, welche die Basis bildet, gebührt dem Lebenden; unmöglich kann die Meinung des Gesetzes dahin gehen, daß der Enterbungsgrund der Zeit nach dem Tode des Erblassers entnommen werden dürfe[37]. Der Notherbe hat ein im Zeitpunkt des Todes des Erblassers aktiv vorhandenes Recht.

3) Weiter fragt es sich, welche Wirkung hat die dem Betreffenden von dem Erblasser gewährte Verzeihung? Zuerst ist — da der Wille des Verzeihenden zunächst entscheiden muß — überall die Vorfrage zu erledigen: welchen Sinn hat die Verzeihung? Die Antwort wird lauten: keineswegs immer einen und denselben. Allerdings kann ihr die Meinung innewohnen, man verzichte auf den Gebrauch dieses Enterbungsgrundes im Testament: aber es kann auch ihr

35) Man hat mit Recht gegen Mühlenbruch hervorgehoben, daß das mit der anderen Frage, ob die Ausschließung bedingt erfolgen dürfe, keineswegs identisch sei. Nach Anführung eines bestehenden Enterbungsgrundes legt die Novelle der bedingten Ausschließung ebenso wenig ein Hindernis in den Weg, als der bedingten Einsetzung. Freilich wird der in dieser Art bedingt Ausgeschlossene doch nur dann Erbe, wenn er für den umgekehrten Fall zum Erben eingesetzt ist.

36) Darauf legt Vangerow mit Unrecht, wie ich glaube, das entscheidende Gewicht.

37) Das ist auch die herrschende Ansicht.

Sinn lediglich der sein, daß man in dem persönlichen Verkehr des Lebens zu vertraulicheren Formen zurückkehren wolle, ohne deshalb seinem Rechte etwas zu vergeben. Da nun Verzichte nicht zu vermuthen sind, so muß im Zweifel die letzte Auslegung gelten und namentlich ganz bestimmt auch dann, wenn ein, im Augenblick der Verzeihung schon vorhandenes, die Enterbung aussprechendes Testament nicht geändert wurde [38]; gerade durch die Nichtzurücknahme des Testaments hat der Testator bewiesen, daß er der Verzeihung nur einen beschränkten Sinn beimaß. Aber auch dann, wenn derselben jener weitere Sinn zu Grunde lag, also wenn der Verzeihende auf sein Enterbungsrecht Verzicht leisten wollte, wird sich fragen lassen, ob er sich nichtsdestoweniger des verziehenen Umstandes zur Begründung der Enterbung bedienen dürfe. Allerdings verneint das unsere gesammte Litteratur, und zwar vorzugsweise deshalb, weil sie die Sache nach der Analogie der Injurie behandelt, bei der es feststeht, daß das Klagrecht verliert, wer darauf verzichtet hat [39]. Dennoch glaube ich, daß diese Verneinung gegen die Prinzipien des römischen Rechts verstoße. Wer nämlich der Verzeihung diese Wirkung beimißt, der befürwortet nicht etwa blos wie in dem vorigen Fall die Beseitigung eines Klagrechts, sondern die Aufhebung des, dem Betreffenden zustehenden Enterbungsrechts, also eine auf dem Weg der Uebereinkunft erfolgende Beschränkung der, durch die objektive Existenz des Enterbungsgrundes dem Erblasser gesetzlich gewährten libertas testamenti faciendi: gerade solche Verträge aber sind bekanntlich nach römischer Auffassung wirkungslos [40].

4) Die letzte Frage lautet: ist bei dem Mangel eines gesetzlichen Enterbungsgrundes der Testator von der Beobachtung der formellen

38) Allerdings ist das nicht allgemein anerkannt. Von den Neueren nimmt z. B. Francke an, daß die gültig vorgenommene Enterbung durch den Akt der Verzeihung von selber vernichtet werde. Die Meisten aber sind anderer Ansicht.

39) Fr. 11 § 1. Fr. 17 § 6 de iniuriis. Vergl. z. B. Puchta in seinen Pandektenvorlesungen.

40) C. 15 de pactis. C. 33 de transactionibus. C. 5 de pactis conventis. C. 4 de inutilibus stipulationibus.

Vorschriften des Gesetzes dann entbunden, wenn er dieselben zum Besten des Notherben selber verletzt? Die Novelle schweigt; dagegen behandeln Koder und Pandekten eine Anzahl von Fällen[41], welche nach der gemeinen Meinung[42] eine Ausnahme im obigen Sinne rechtfertigen. Demgemäß fragt es sich, erstens, ob in dem Recht vor der Novelle die in guter Absicht erfolgende Ausschließung des Notherben unter anderen Grundsätzen stand, als die notae causa vorgenommene, und zweitens, dieses vorausgesetzt, ob nach der Novelle diese Verschiedenheit fortbestehe[43].

Die Zeit vor der Novelle anlangend, so ließ sich, da dem Vater die Wahl zwischen Institution und Exheredation unbedingt frei stand, in dem hier zu erörternden Fall das formelle Recht einfach beobachten durch Exheredation: demgemäß finden wir diese Form hier überall eingehalten, wo ein Recht auf sie begründet war[44]. Aber auch die Regeln des Pflichttheilsrechtes konnten dabei befolgt werden und mußten es daher. Denn, wenngleich hier der Pflichttheil mit con-

41) Die in den Quellen genannten Veranlassungen sind: *a*) Unmündigkeit des Notherben, Fr. 18 de liberis et postumis. Fr. 12 § 2 de bonis libertorum. *b*) Wahnsinn, Fr. 16 de curatoribus furioso. Fr. 12 § 2 cit. *c*) Verschwenderische Lebensweise, Fr. 16 cit. *d*) Der Umstand, daß der Notherbe in der väterlichen Gewalt eines unzuverlässigen Dritten steht, C. 25 de inofficioso testamento. Fr. 16 de b. p. contra tabulas. *e*) Zwar nicht zum Besten des Kindes, aber auch nicht notae causa und daher unter den gleichen Grundsätzen stehend ist die vom Vater deshalb vorgenommene Ausschließung, weil er dem Kinde unter Lebendigen so viel gegeben, als demselben aus dem Nachlasse gebührt und so gegeben, daß das Empfangene in den Pflichttheil eingerechnet werden muß; vergl. Fr. 61 de heredibus instituendis und überhaupt Abschnitt I Anm. 48. — Man hat diese Fälle als eine geschlossene Zahl ansehen wollen; aber wer bedenkt, daß es sich hier um eine, von der Jurisprudenz vorgenommene Entwickelung handelt, der wird in jenen lediglich den besonderen Ausdruck einer allgemeinen Regel erkennen können.

42) Ausführlich vertheidiget von Mühlenbruch, Band 37 p. 391 ff.

43) Das Erste läugnet namentlich Francke § 34, das Zweite Unterholzner im zweiten Bande des Archiv's für civilistische Praxis.

44) Fr. 16 de curatoribus furioso. Fr. 18 de liberis et postumis. Fr. 12 § 2 de bonis libertorum. Nicht entgegensteht Fr. 16 de b. p. contra tabulas; vergleiche Abtheil. II Anm. 54.



ditio oder dies zu belasten war[45]: so erwies sich das als gerade nach den Prinzipien des Pflichttheilsrechts vollkommen erlaubt. Während nämlich eine solche Hinzufügung, mala mente gemacht, die inofficiosi actio begründete[46]: war dagegen dieses Rechtsmittel seiner Natur nach dann ausgeschlossen, wenn jene Beschränkung als zum Besten des Notherben selber hinzugefügt erschien; denn es fehlte hier an dem Fundamente der Klage, der Inofficiosität[47].

45) So kann dem Unmündigen zugewendet werden für den Zeitpunkt seiner Mündigkeit, dem Wahnsinnigen für den Fall der Genesung, dem in väterlicher Gewalt Befindlichen für den Fall seines Ausscheidens aus derselben u. s. w.: Stellen der Anmerkung 41. Gemäß seiner oben angeführten Ansicht versucht Francke den Nachweis, daß hier überall der Pflichttheil nicht in außergewöhnlicher Weise belastet sei: vergl. dagegen namentlich Mühlenbruch.

46) Dem Pflichttheilsberechtigten, der sich nach Gebühr benahm, kann der Erblasser sein Recht nicht willkürlich schmälern. Die Hinzufügung einer kasuellen Bedingung ist eine solche Schmälerung, welche im vorjustinianischen Recht die inofficiosi actio zur zweifellosen Folge hat: Fr. 8 § 11 de inofficioso testam. C. 25. C. 32 eod. tit.; Francke § 19. Auch die Hinzufügung eines dies ist eine solche; was zwar Francke p. 426 in Abrede stellen will (vergl. die vorige Anm.), aber meines Erachtens ebenso sehr gegen die Natur der Sache — denn auch in dem dies liegt eine willkürliche Beeinträchtigung des Pflichttheils — wie gegen C. 32 cit., welche bezeugt, daß wegen einer jeden auf den Pflichttheil gelegten dilatio bis dahin der querela inofficiosi Statt gegeben wurde.

47) Dafür entscheidend ist C. 25 de inofficioso testamento. Von dem Fall, wo die Mutter ihre Söhne unter der Bedingung eingesetzt hat, si a patre emancipati fuerint heißt es hier: neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum. Das Gleiche sagt geradezu Schol. Basil. 39, 1, 54. Mühlenbruch p. 411. [Uebrigens scheint auch bei diesem Schriftsteller die volle Erkenntnis des Richtigen noch nicht vorhanden zu sein; er sieht nämlich darin, daß die in guter Absicht erfolgende Belastung des Pflichttheils zuläßig ist, eine Ausnahme von der Regel der Unbelastbarkeit. Aber Beides, diese Unbelastbarkeit und jene Belastbarkeit sind einfache und nothwendige Konsequenzen aus der Natur der inofficiosi actio.] Es ist sehr begreiflich, daß der Testator, um die Erben gegen die querela inofficiosi sicher zu stellen, den Grund ausdrücklich angab, aus welchem er den Pflichttheil zum Besten des Berechtigten belastete (Fr. 16 § 2 de curatoribus furioso); aber ein formelles Erfordernis dieser Art hat natürlich zur Zeit der Pandekten für die querela nicht bestanden.

Wie verhalten sich nun diese Sätze zu dem Recht der Novelle? Zuerst in einer Beziehung etwas anders; sie sind nämlich mit Beobachtung der neuesten Formvorschriften nicht vereinbar. Denn da es sich hier um Personen handelt, welchen ein gesetzlicher Enterbungsgrund nicht entgegensteht, so haben diese anscheinend einfach ein Recht auf Institution. Das ist der Grund, aus welchem man behauptet hat, das ganze Institut sei durch die Novelle beseitiget[48]. Aber in wie allgemeinen Ausdrücken immer dieses Gesetz die Einsetzung fordern mag[49], so sagt es doch selber ebenso bestimmt, daß sein Zweck in Beseitigung des durch Exheredation oder Präterition begangenen Unrechts zu erkennen sei[50]. Daher beziehen sich ihre Vorschriften nicht auf diejenige Entfernung des Notherben, welche diesem selber zum Besten gereicht[51]: der Kaiser läßt es in dieser Beziehung bei dem bestehenden Recht[52].

V. So viel von den Formenvorschriften der Novelle. Sind dieselben gewahrt, so bietet das Gesetz keinen Grund für die Ungültigkeit des Testaments, es spricht vielmehr ausdrücklich die Gültigkeit desselben für diesen Fall aus[53].

Nun aber ist weiter möglich, daß der Form der Novelle durch

48) Unterholzner a. a. O.

49) Vergl. Anmerkung 14.

50) Vergl. Anmerkung 16.

51) Diese natürliche und sachgemäße Auslegung bringen schon die Schol. ad Basil. 38, 10, 16.

52) Wer annimmt, daß die Kinder dem Vater gegenüber auch noch nach Novellenrecht einen Anspruch auf formelle exheredatio haben, der muß denselben natürlich auch hier gelten lassen. In den übrigen Fällen genügt zweifellos Präterition. — Die ausdrückliche, im Testament erfolgende Angabe des Grundes, weshalb man in guter Absicht enterbe, verlangen die Meisten, auch Mühlenbruch p. 462. Da man jedoch zugibt, daß sie keine formelle Nothwendigkeit sei — denn weder vor der Novelle (Anm. 47) noch in dieser wird die Sache so behandelt — vielmehr jene als die materielle Grundlage für das Urtheil über den rechtlichen Bestand der Disposition ansieht: so muß es genügen, wenn dem Richter der Beweis, daß der Testirer zum Besten des Notherben so verfügt habe, irgendwie (also auch anderswoher als aus dem Testament) erbracht wird.

53) Cap. III § 14; Cap. IV § 9; Cap. V.



Institution genügt, dagegen durch Institution auf einen zu geringen Betrag das Pflichttheilsrecht beeinträchtiget werde. Dieses Falls gedenkt die Novelle, das Recht auf Ergänzung des Fehlenden durch die s. g. suppletoria actio ausdrücklich anerkennend[54]. In Bezug auf diese Klage sind ein paar Punkte bestritten. Erstens: nach dem vor der Novelle bestehenden Recht fällt die suppletoria dann weg, wenn der Betreffende im Testament ausdrücklich als ingratus bezeichnet und diese Bezeichnung von dem Erben gerechtfertiget wird[55]. Ist dieses Recht durch die Novelle dahin abgeändert, daß zu dem Behuf die Angabe eines, auf die Novelle sich stützenden Enterbungsgrundes im Testament gefordert wird[56]? Aber die ausdrücklichen Vorschriften der Novelle sind gewahrt und zur Annahme einer stillschweigend erfolgten Aenderung des bestehenden Rechts fehlt es am zureichenden Grunde; denn es ist sehr wohl begreiflich, daß man, wo der Notherbe durch Einsetzung geehrt worden, für den Ausschluß vom Rest des Pflichttheils mit einem geringeren Maße von Förmlichkeit sich begnüge. Nur so viel wird mit Recht zugegeben, daß für die Beantwortung der Frage, wer als ingratus zu betrachten sei, die Gründe der Novelle maßgebend sein müssen; denn es ist ja ein wesentlicher Zweck dieses Gesetzes, den zweifelhaften Begriff der *ἀχαριστία* festzustellen.

Eine zweite Frage lautet: wie ist es zu halten, wenn der Notherbe zum Erben, aber auf weniger als seinen Pflichttheil eingesetzt und von dem Rest ausdrücklich, jedoch ohne Angabe eines Grundes, ausgeschlossen worden ist? Den formellen Anforderungen der Novelle ist offenbar genügt durch den honor institutionis; die ausdrückliche Ausschließung vom Rest aber kann nicht füglich einen andern Erfolg

---

54) *Cap. V: Εἰ δέ τινες κληρονόμοι ὀνομασθεῖεν, κἂν εἰ ῥητοῖς πράγμασιν ἀρκεσθῆναι προσταχθεῖεν, ἐν τούτῳ τὴν μὲν διαθήκην μὴ ἀνατρέπεσθαι προστάττομεν, ὅπερ δ᾽ ἂν ὑπέλαττον αὐτοῖς τῆς ἐκ τῶν νόμων μοίρας καταλειφθῇ, τοῦτο κατὰ τοὺς ἄλλους ἡμῶν νόμους παρὰ τῶν κληρονόμων ἀποπληροῦσθαι.*

55) C. 30 de inofficioso testamento (Iustinianus).

56) Das leugnet z. B. Francke p. 340, während Andere es bejahen.

haben als die stillschweigend vorgenommene: es ist daher einfach die suppletoria actio begründet[57].

VI. Wenn dagegen wider die Vorschriften der Novelle im Testament gefehlt ist, so sollen nach Anordnung derselben besondere Folgen eintreten, im Allgemeinen darin bestehend:

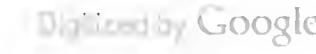
1) daß die Institutionen des Testaments zusammenfallen und anstatt der eingesetzten Erben die Intestaterben berufen werden;

2) daß dagegen die übrigen Dispositionen des letzten Willens in Kraft bleiben.

Da das jedenfalls etwas Anderes ist als die reine Intestatfolge, so fragt es sich, wie der letzte Wille beschaffen sein müsse, um jene zu beseitigen. Die einfache Antwort lautet: derselbe muß derartig sein, daß die Intestaterbfolge deshalb als ausgeschlossen erscheint, weil abgesehen vom Notherbenrecht die testamentarische Erbfolge begründet sein würde. Darin liegen zwei Anforderungen; einmal, daß ein gültig errichtetes Testament vorhanden, sodann, daß bei dem Tode des Erblassers mindestens einer der eingesetzten Erben, welchem deferirt werden kann, am Leben sei[58]. Dagegen ist keineswegs erforderlich, daß einer der im Testament eingesetzten Erben die Erbschaft

57) So die gemeine Meinung. Einzig Puchta (Pandekten § 493) ist der Ansicht, daß hier gegen die Formvorschriften der Novelle verstoßen sei: aber seine Begründung ist nicht genügend. Er sagt nämlich: „Wenn sogar die Hinterlassung des ganzen Pflichttheils neben der Enterbung die Anfechtung des Testaments nicht ausschließt, so kann es um so weniger die theilweise Hinterlassung." Allerdings verfügt Cap. III p. ausdrücklich, daß Präterition oder Exheredation ohne Enterbungsgrund selbst bei Hinterlassung des ganzen Pflichttheils nicht genügen soll: aber zwischen diesem und dem vorliegenden Fall ist eben der entscheidende Unterschied, daß in dem letzteren das vorhanden ist, was die Novelle in dem ersten vermißt, die Institution.

58) Darüber scheint man im Allgemeinen einverstanden zu sein. Die Novelle hat diesen Satz zur Voraussetzung, wenn sie in dem Eintritt der Notherben ein Umwerfen des an sich bestehenden Testaments (das also ohne die Novelle nicht nichtig wäre) erkennt. So Cap. III § 14: *τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης — ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη;* Cap. IV § 9: *ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης.*



angetreten habe: an ihre Stelle treten kraft der Novelle die Intestaterben [59].

VII. So klar der eben hervorgehobene Grundgedanke der Novelle ist, wonach bei Verletzung ihrer Vorschriften mit Beseitigung der durch das Testament Berufenen die Intestaterben an die Reihe kommen sollen: ebenso bestritten ist die Art seiner Verwirklichung. Wollte Justinian an das bestehende Recht sich anschließen, so boten sich ihm drei Muster dar. Zuerst das des civile ius, wonach bei Präterition eines, zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen suus der letzte Wille von Anfang an nichtig ist, bei späterem Erscheinen eines präterirten suus aber das an sich gültige Testament zerbrochen wird mit seinem Erscheinen und wonach, wenn überhaupt, die sämmtlichen Intestaterben nach den gewöhnlichen Grundsätzen berufen sind. Das zweite mögliche Vorbild lag in der contra tabulas bonorum possessio: nach dieser ist das Testament an und für sich gültig, allein die präterirten und mit diesen die instituirten Notherben (desgleichen mindestens in einem Fall auch zu den Notherben nicht gehörige, im Testament eingesetzte Personen) haben das Recht, die im Testament eingesetzten Fremden durch jene bonorum possessio

59) Das ist freilich keineswegs unbestritten. Alle Diejenigen, welche die inofficiosi querela als die aus der Novelle hervorgehende Klage ansehen, müssen den Antritt des institutus heres — anders als sie gewöhnlich zu thun pflegen — als ein unbedingtes Erforderniß hinstellen; denn diese Klage ist ausschließlich gegen den eingesetzten Erben, welcher die Erbschaft angetreten, gerichtet (Fr. 10 § 8 de inofficioso testamento. C. 36 § 2 eod. tit.). Aber auch von Denen, welche bei Verletzung der Vorschriften der Novelle Nichtigkeit annehmen, sind einzelne der Ansicht, daß der Antritt der eingesetzten Erben Vorbedingung für den Eintritt des Rechts der Novelle sei; so Mühlenbruch p. 296 gegen Francke p. 391. [Sie besprechen diesen Punkt da, wo er nach ihrer Auffassung vorzugsweise praktisch wird, nämlich für die Frage, ob die Legate kraft der Novelle aufrecht zu erhalten seien oder nicht.] Allein abgesehen davon, daß die Novelle keine solche Anforderung aufstellt und daß die Analogie der contra tabulas bonorum possessio dagegen spricht, ist der Umstand, wie ich meine, ganz entscheidend, daß danach der Eintritt der Novelle von der Vornahme eines nichtigen Aktes — denn ein solcher ist der Antritt des institutus heres nach Mühlenbruch selber — abhängig gemacht wird.



ganz zu verdrängen und die Erbschaft mit Ausschluß der exheredirten Notherben so unter sich zu vertheilen, wie wären sie die einzigen Intestaterben; dabei ist ihnen jedoch die Pflicht aufgelegt, gemäß dem edictum de legatis praestandis und seiner Weiterentwickelung einen Theil der letztwilligen Anordnungen anzuerkennen. Endlich waren die Grundsätze der querela inofficiosi testamenti denkbar: auch nach dieser Auffassung ist das Testament gültig, aber den im Pflichttheil Verletzten — und unter ihnen stehen die formell berechtigten Notherben obenan — steht wider die im Testament eingesetzten Erben, welche die Erbschaft angetreten, die Klage auf ihren Intestattheil zu, ohne daß sie davon die im Testament angeordneten Vermächtnisse zu zahlen haben und mit dem möglichen Resultat, daß ein Theil der Erbschaft bei den testamentarischen Erben verbleibe. Das Fundament der Klage ist die Kränkung der Person; daher hat der Kläger zu beweisen, daß ihm Unrecht geschah: und weil demnach die Klage eine Anklage des Erblassers enthält, deshalb wird bei ihr der Kläger besonders ungünstig behandelt [60].

Beurtheilen wir diese drei möglichen Vorbilder zunächst nach unserer heutigen Auffassung von Angemessenheit, so ist es klar, daß das erste als das ungeeigneteste erscheine, weil über seinen Zweck weit hinausgehend, daß ferner den beiden andern ein wesentlicher Vorzug gemein sei, insofern das Testament nicht von selber nichtig, sondern nur durch den Verletzten anfechtbar, daß endlich die contra tabulas bonorum possessio durch das edictum de legatis praestandis, die querela inofficiosi testamenti aber durch den Grundsatz sich empfehle, daß sie auch dem eingesetzten Fremden unter Umständen einen Theil der Erbschaft beläßt. Was den Gang unserer Litteratur betrifft, so finden wir seit der Zeit der Glossatoren zwei Hauptan-

---

60) Daher *a*) die Subsidiarität der Klage (der im Pflichttheil verletzte, formell berechtigte Notherbe hat die Klage nur, wenn seinem formellen Recht durch das Testament genügt ist), *b*) ihre kurze Verjährungsfrist, *c*) kein Uebergang der Klage auf die Erben, *d*) Verlust des im Testament Zugewendeten bei unbegründeter Klage.

sichten[61]. Nach der einen erscheint der gegen die Novelle verstoßende letzte Wille von selber als nichtig und es haben daher die hereditatis petitio (sei es ex testamento oder ab intestato) Diejenigen, welchen sie zusteht ohne diesen letzten Willen. Nach der anderen ist das Testament gültig, aber anfechtbar durch den Verletzten mittelst der querela inofficiosi testamenti. Aber so bedeutende Auktoritäten auch in früherer Zeit die zweite Ansicht vertreten haben, die neuere Litteratur konnte sich fast einstimmig[62] der Ueberzeugung nicht verschließen, daß nicht die inofficiosi actio, sondern die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato die Klage der Novelle sei.

Für die Richtigkeit dieser herrschenden Auffassung spricht einmal die allgemeine Natur des Falls. Es handelt sich nämlich in erster Linie um Nichteinhaltung einer wesentlichen Form[63]. Nun aber bringt der Mangel einer solchen nach civiler Regel Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, nicht Rescissibilität. Und daß auch in dem vorliegenden Falle diesem allgemeinen Grundsatz entsprochen werde, dafür beweist ganz entscheidend die Novelle selber, so weit sie sich überhaupt ausspricht; denn nach ihr soll

a) die Verletzung der Vorschriften der Novelle schlechthin nicht erlaubt sein[64];

---

61) Darüber, daß von der bonorum possessio contra tabulas nicht die Rede sein könne, war man von jeher einig.

62) Für die querela entscheidet sich in der neuesten Zeit wieder Brinz, Pandekten II p. 744, aber ohne wesentlich neue Gründe anzuführen.

63) Man hat zwar häufig (neuerdings wieder Brinz) behauptet, die Novelle lege das Hauptgewicht auf die Inofficiosität; eine Ansicht, wonach die materielle Entwickelung der Enterbungsgründe Justinian's Hauptaufgabe gewesen wäre. Das halte ich jedoch aus doppeltem Grunde für unzulässig: *a*) Das erste Recht, welches die Novelle als allgemeine Regel gewährt, ist das auf Erbeinsetzung, also ein rein formelles Recht, bei dessen Hintansetzung das, was man für die Querel officium nannte, vollkommen gewahrt sein kann; vergl. Cap. III p. *b*) Auch wenn in zweiter Linie der Notherbe seiner eigenen Schuld wegen lediglich ein alternatives Recht hat, ist dieses formaler Natur: nicht die Existenz des Enterbungsgrundes ist hinreichend, sondern es ist seine Anführung im Testament eine formelle Nothwendigkeit.

64) *Cap. III p.: Θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ — παῖ-*

b) ein solches Testament soll in Bezug auf die Erbeseinsetzung keine Kraft haben[65];

c) es soll Intestaterbfolge eintreten[66].

Aus diesen, keinem Zweifel Raum gebenden Aussprüchen erhalten zugleich diejenigen Sprachwendungen des Kaisers ihre vollständige Erklärung, welche allein stehend eine doppelte Deutung zulassen, also mit Rescissibilität sich vertragen würden[67].

δας praeteritos *καταλιμπάνειν ἢ ἄπο κληρονόμων ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκη* — — *Cap. IV p.: Θεσπίζομεν τοίνυν μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς* praeteritous *καταλιμπάνειν ἢ καθ᾽ οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι* —

65) *Cap. IV* § 9: *Εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδεμίαν δύναμιν τὴν τοιαύτην διαθήκην, τόγε εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων, ἔχειν θεσπίζομεν, ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν* — Die durch die Novelle verallgemeinerte, frühere kaiserliche Entscheidung eines einzelnen Falles lautete ebenfalls: *τὸν μὲν τοιοῦτον χάρτην κατ᾽ οὐδένα τρόπον κρατεῖν.*

66) Cap. III § 14: — *εἰς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν τοὺς παῖδας ἐξ ἀδιαθέτου ἐξ ἴσης μοίρας ἔρχεσθαι* — Cap. IV § 9 (siehe die vorige Anmerk.). Zwar findet Brinz diese Bestimmung in vollem Einklang mit dem Rechte der querela, aber ihm selbst entgeht natürlich nicht, daß der einfache Eintritt der Intestatfolge keineswegs immer das Resultat dieser Klage sei.

67) Dahin gehört eigentlich allein der Ausdruck in Cap. IV § 9: *ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης*, welchen die Vulgata durch rescisso testamento überträgt und auf welchen man sich gerade dieser Uebersetzung wegen für den Satz berufen hat, daß das Testament nicht an sich nichtig sei, vielmehr erst durch die Querel rescindirt werden müsse. Aber abgesehen davon, daß es bei dem Ausdruck rescindere wesentlich auf das rescindirende Subjekt ankommt, so daß, wenn dieses das Gesetz selber ist, von selber Nichtigkeit eintritt (Ulp. I, 1, 2; Gai. I, 46; Fr. 5 § 2 qui et a quibus; Fr. 64 § 1 de condit. et demonstr.: ipso iure rescindi), daß überdies die Vulgata schwerlich einen prägnanten Sinn mit diesem Ausdruck verbinden wollte [sie überträgt im fünften Kapitel das *ἀνατρέπεσθαι* des Originals durch solvi]: so ist schon die Verbindung, in welcher der fragliche Passus vorkommt, über seinen Sinn entscheidend; denn daraus ergibt sich, daß er lediglich eine Variante sei für das vorhergehende *μηδεμίαν δύναμιν ἔχειν* (Anm. 65). — Daß die Ausdrucksweise in Cap. III § 14: *τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης* (Vulg.: testamento evacuato) noch weniger Schwierigkeit darbiete, im Gegen-

Da demnach Nichtigkeit des Testaments die Folge eines jeden Verstoßes wider die Novelle ist, so kann lediglich die hereditatis petitio zuständig sein, nicht querela inofficiosi testamenti, nicht bonorum possessio contra tabulas: denn diese beiden sind eben nur Mittel zur Rescission.

Aber wenn auch, wie gesagt, über diese Grundfrage heutzutage in der Hauptsache Einigkeit besteht[68], so ist doch die Art der Ausführung im Einzelnen sehr bestritten.

Zwei Fragen sind es, um welche es sich hier vorzugsweise handelt, der Zeitpunkt des Eintritts der Nichtigkeit und der Umfang der eingetretenen.

Die eine Meinung (Brandis, Heumann, Vangerow) sagt: das die Notherben im Sinne der Novelle verletzende Testament ist hinsichtlich der Erbeseinsetzungen von dem Zeitpunkte an

---

theil für den selbstständigen Eintritt der Nichtigkeit sich anführen lasse, folgt daraus, daß hier nur das Gesetz als wirkendes Subjekt gedacht werden kann.

68) Denn eine, ebenfalls der Glossatorenzeit entstammende und noch von Haubold und Puchta vertretene Mittelmeinung, wonach, wenn der Enterbungsgrund nicht angegeben ist, Nichtigkeit, wenn dagegen ein unwahrer im Testament vorgeschützt wurde, Anfechtbarkeit durch die querela inofficiosi vorhanden sein soll: hat doch kaum mehr für sich als den Schein der Konsequenz. Diesen insofern, als hier Nullität bei formellem Verstoß, die Zulässigkeit der Querel dagegen bei formgerechtem aber materiell lieblosem Testamente angenommen wird. Dawider spricht ganz entscheidend, daß die Novelle gerade da, wo sie die Nichtigkeit des Testaments als die Folge der Nichtbeobachtung ihrer Vorschriften bestimmt (Cap. III § 14), des Falls des, mit Unrecht angeführten Enterbungsgrundes ausdrücklich gedenkt (*ὥστε μὴ τοὺς παῖδας πεπλασμέναις κατηγορίαις καταχρίνεσθαι ἤ τινα περιγραφὴν ἐν ταῖς τῶν γονέων περιουσίαις ὑπομένειν*), ohne für ihn eine andere Bestimmung zu treffen als für den der verletzten Form. Nun führt zwar Puchta (Pandekten § 493) zu Gunsten jener Unterscheidung an, Justinian setze überall nur die Wirkung, nicht den Weg fest, auf dem sie herbeizuführen sei; diesen nach den, in der justinianischen Gesetzgebung gegebenen Begriffen festzustellen, sei Sache der Jurisprudenz. Aber gerade das ist zu bezweifeln, daß eine gesunde Jurisprudenz in dieser Art unterscheiden würde. Da nämlich die Querel die dem Notherben sehr wesentlich ungünstigere Klage ist, so kommt man auf solchem Wege zu dem Resultat, daß der von dem Erblasser verleumdete Notherbe schlechter gestellt wäre als der blos vergessene.

nichtig, in welchem die Verletzung vorliegt; also bei nicht gehöriger Berücksichtigung eines, zur Zeit des letzten Willens vorhandenen Notherben, mit seiner Errichtung, bei späterem Erscheinen desselben mit dem Erscheinen. Daraus folgt:

a) Wenn kein früheres Testament vorhanden ist, so sind bei dem Tode des Erblassers einfach die Intestaterben gerufen; gleichgültig, ob der verletzte Notherbe noch am Leben ist oder nicht; gleichgültig, ob jene in dem nichtigen letzten Willen enterbt waren oder nicht; gleichgültig endlich, ob die nunmehr berufenen Intestaterben Notherben sind oder nicht.

b) Wenn dagegen ein früher errichtetes Testament vorliegt, so ist zu unterscheiden: sofern nämlich der spätere letzte Wille bei seiner Abfassung vorhandene Notherben nicht berücksichtiget, bleibt jenes Testament deshalb unberührt, weil das spätere rechtlich kraftlos ist; sofern dagegen die im späteren Testament nicht berücksichtigten Notherben erst nach der Errichtung desselben erscheinen, so ist das frühere Testament durch das zweite, weil gültig errichtete, vernichtet, das zweite hinwiederum wird aufgehoben mit dem Erscheinen des Notherben, es tritt also Intestatfolge ein.

Eine zweite Ansicht geht dahin, daß für die Frage der Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen niemals der Zeitpunkt der Errichtung des Testaments, sondern der spätere der Delation aus demselben maßgebend sei (Bluntschli, Francke, Mühlenbruch). Diese Auffassung führt zu folgenden Konsequenzen:

a) Das die Notherben nicht berücksichtigende Testament ist in jedem Falle gültig errichtet (ein früher errichtetes wird also stets beseitiget).

b) Dasselbe bleibt gültig, wenn die nicht berücksichtigten Notherben vor dem Tode des Erblassers wegfallen.

c) Es wird ipso iure ungültig, wenn die im Augenblick des Todes des Erblassers vorhandenen Notherben im Testament nicht so berücksichtiget sind, wie die Novelle das fordert.

d) In Folge dieser nachträglichen Ungültigkeit tritt Intestaterbfolge ein.

e) Die Frage, welche Wirkung der Verzicht des verletzten Notherben auf die Gültigkeit des Testaments habe, ist unter den Vertheidigern dieser zweiten Ansicht selbst bestritten; nach Francke (p. 386) bewirkt derselbe die Gültigkeit des Testaments, nach Mühlenbruch (p. 271 ff.) ist er in dieser Beziehung indifferent, also nicht im Stande, die Intestatfolge zu beseitigen. Das Letzte wird richtig sein, und zwar einfach deshalb, weil gemäß der hier entscheidenden Grundauffassung der Verzicht nach erfolgter Delation zu geschehen hat, also der Verzicht eines Intestaterben auf seinen Intestaterbtheil vorliegt, ein Akt, der nicht im Stande sein kann, ein ungültig gewordenes Testament wieder gültig zu machen und auf diese Weise die erfolgte Delation an die Intestaterben wieder aufzuheben[69].

Endlich eine dritte, von Puchta (Pandekten §. 493) vertretene Ansicht, noch einen Schritt weiter gehend, als die eben besprochene,

a) läßt die Nichtigkeit der Erbeseinsetzung erst dann eintreten, wenn nach erfolgter Delation der verletzte Notherbe die Erklärung abgibt, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen[70];

b) und betrachtet als ab intestato gerufen lediglich die unrechtmäßig ausgeschlossenen, desgleichen die zu Erben eingesetzten Notherben; den gehörig enterbten dagegen stehe der Wille des Erblassers auch jetzt noch entgegen.

Von diesen drei Meinungen halte ich die erste für die Justinian's. Nicht etwa weil, wie man vielfach sagt, die relative

69) Dagegen kann auch der Umstand nichts bedeuten, daß, wie Francke sagt, nunmehr der testamentarische Erbe den Willen Beider für sich hat, den des Erblassers und den des Notherben. Denn abgesehen davon, daß das Letztere nicht vollkommen richtig erscheint, weil dem Verzichte an sich lediglich die negative Richtung innewohnt, nicht Erbe sein zu wollen, so kommt es überhaupt nicht auf die Summe dieser beiden Willen, sondern darauf an, daß man das Gesetz für sich habe.

70) Auch nach dieser Ansicht erfolgt die Nichtigkeit des Testaments insofern ipso iure, als sie kraft Gesetzes und nicht erst durch die Vermittelung eines Richterspruchs herbeigeführt wird. Puchta nennt das Rescissibilität und auch diese Bezeichnungsweise entspricht dem römischen Sprachgebrauch; vergl. Anm. 66.

Nichtigkeit eine juristische Inkonsequenz wäre; denn es ist ganz unzweifelhaft, daß das Gesetz so hätte verordnen können, hätte es anders gewollt. Ich bin vielmehr dieser Ansicht, weil ich sie in der Novelle selbst unzweideutig ausgesprochen finde. Wenn Justinian, wie wir oben sahen, sagt, das Testament habe in einem solchen Falle keine Kraft und es trete Intestaterbfolge ein; derselbe Justinian, welcher sich veranlaßt gesehen, in den Institutionen für die strenge Meinung der von Anfang an eintretenden Nichtigkeit sich zu entscheiden[71]: so scheint es vollkommen klar, daß er auch hier seiner früheren Auffassungsweise treu bleibend mit Bewußtsein gesprochen hat, wie er sprach. So unzweideutigen Aussprüchen gegenüber ist Mühlenbruch's und Puchta's Hinweisung auf das Recht der bonorum possessio offenbar unzulässig; denn diese ist eben ein Mittel zur Rescission eines an sich gültigen Testaments. Desgleichen erscheint es als ein schwaches Auskunftsmittel der Gegner, wenn sie sich auf die Worte in Cap. III § 14 berufen: *μηδὲν γίνεσθαι πρόκριμα τοῖς ἄπο κληρονόμων γραφεῖσι παισίν*; denn wenn auch hier als Zweck hingestellt wird, daß den betreffenden Notherben kein Nachtheil zugefügt werde[72]: so ist doch unmittelbar in den nächsten Worten das Mittel angegeben, wodurch dieser Zweck erreicht werden soll und es ist gar nicht besonders zu verwundern, wenn das von der Novelle angewendete Mittel gerade so über seinen nächsten Zweck hinausgeht, wie das des Rechts vor der Novelle. Alle die verschiedenen, entgegengesetzten Meinungen haben, wie ich glaube, einen nicht in dem Gesetz, sondern außer demselben gelegenen Grund. Sie entstammen nämlich der richtigen Erkenntnis, daß die Grundsätze der bonorum possessio contra tabulas sowohl als die der actio inofficiosi die angemesseneren sein würden: da jedoch die An-

71) Vergl. Anmerkung 9.

72) Im Grunde derselbe Gedanke, welchen das fünfte Kapitel zwei Mal und zwar so ausspricht: *Ταῦτα δὲ διετυπώσαμεν ἵνα καὶ τοὺς γονεῖς καὶ τοὺς παῖδας ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθερώσωμεν. — — μία γάρ ἐστι τῆς ἡμετέρας γαληνότητος φροντίς, τὸ τὴν ὕβριν τῆς* praeteritionoς *καὶ* exheredationoς *τῶν γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνελεῖν.*

wendung dieser den Aussprüchen des Kaisers gar zu offenkundig widerspricht, so macht man den Versuch, die Vorzüge jener auf einem Umwege dennoch in das Gesetz hineinzuinterpretiren und insofern ist Puchta der konsequenteste.

VIII. Aehnlich wie die Wirkung der contra tabulas bonorum possessio durch das edictum de legatis praestandis beschränkt wurde, so sah sich Justinian veranlaßt, jene Ungültigkeit der Erbeseinsetzungen nicht auf das ganze Testament wirken zu lassen. Ueber das, was aufrecht zu erhalten sei, spricht sich die Novelle zweimal, und zwar vollständig übereinstimmend aus. Sie nennt ausdrücklich die Legate und die Fideikommisse, die Freiheitsertheilungen, die Vormundsbestellungen und fügt Dem in allgemeinem Ausdruck alle übrigen letztwilligen Anordnungen hinzu[73]. So klar das zu sein scheint, so knüpfen sich daran doch einige bestrittene Fragen.

1) Sind unter den aufrecht zu erhaltenden Vermächtnissen auch diejenigen mitbegriffen, welche dem Notherben zugedacht sind, wegen dessen Verletzung die Institutionen zusammenfielen? Während das die Einen leugnen (Bluntschli, Francke), bejahen es die Andern (Mühlenbruch, Arndts, Vangerow). Das Hauptargument der Ersteren besteht in der Analogie der contra tabulas bonorum possessio; hier so wenig wie dort, sagt man, könne wer das Testament als nichtig angefochten, das ihm in demselben angefochtenen Testamente Zugewendete beanspruchen. Aber die Analogie trifft nicht zu, weil im Falle der Novelle die Nichtigkeit der Institutionen nicht, wie dort, als Folge eines Willensaktes, der Impugnation des Verletzten, sondern kraft gesetzlicher Vorschrift eintritt.

---

73) *Cap. III* § 14: *Εἰ μέντοι γε συμβαίη ἔν τισι τοιαύταις διαθήκαις ληγάτα τινὰ ἢ φιδεϊκόμμισσα ἢ ἐλευθερίας ἢ ἐπιτρόπων τινὰς δόσεις καταλειφθῆναι, ἢ ἄλλα οἱαδήποτε κεφάλαια τοῖς νόμοις ἐγνωσμένα ὀνομασθῆναι, ταῦτα πάντα κελεύομεν πληροῦσθαι καὶ δίδοσθαι ἐκείνοις, οἷς κατελείφθη, ὡς εἰ κατὰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει.* — — *Cap. IV* § 9: — *τῶν ληγάτων δηλονότι, εἴτε φιδεϊκομμίσσων, καὶ ἐλευθεριῶν, καὶ τῶν δόσεων τῶν ἐπιτρόπων, καὶ τῶν ἄλλων κεφαλαίων, καθάπερ ἀνωτέρω εἴρηται, τὴν ἰδίαν ἐχόντων ἰσχύν.*

Für die Bejahung der Frage spricht der Buchstabe des Gesetzes. Diesen einer restriktiven Interpretation zu unterwerfen, dazu fehlt es am zureichenden Grunde; denn wenngleich selbst Mühlenbruch die Billigkeit auf der Seite der Verneinenden glaubt finden zu müssen, so wird das dennoch in Abrede zu stellen sein. Daß dem im Testament eingesetzten, nunmehr als Intestaterben berufenen Notherben die Legate verbleiben, bestreitet Niemand: nun aber ist es offenbar ein Grundgedanke der Novelle, es solle die Stellung der, durch den Erblasser verletzten Notherben nicht schlechter sein als die der nicht verletzten.

2) Welche Klage den mit Vermächtnissen Bedachten zustehe, ist ebenfalls nicht unbestritten. Es gibt Schriftsteller, welche jene für eine condictio ex lege erklären; bei weitem die Mehrzahl aber hält sie für die gewöhnliche, mit dem Vermächtnis überhaupt verbundene Klage und spricht demgemäß dem so Berechtigten alle Rechte des Vermächtnisnehmers (Pfandrecht u. s. w.) zu. Die Richtigkeit dieser zweiten, natürlichen Auffassung ergibt sich unmittelbar aus der Novelle, wenn sie an der ersten, hierher gehörigen Stelle sagt, es solle dergleichen gerade so erfüllt werden, wie wenn das Testament nicht beseitiget wäre, und an der zweiten ohne Weiteres ausspricht, daß diese Anordnungen ihre Kraft behalten. Nur so viel wird sich allenfalls behaupten lassen, daß diese Klage, weil an die Stelle des durch den Testator Onerirten ein anderer durch das Gesetz gestellt wird, gemäß der, in Kapitel drei gebrauchten Wendung (*ὡς εἰ κατὰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει*) als utilis actio zu betrachten sei; aber es ist das freilich eine, für das justinianische Recht ziemlich müßige Unterscheidung. — Für diejenigen Vermächtnisse, welche den nunmehr ab intestato Berufenen zugewendet sind, folgt aus dem eben Entwickelten, daß sie die Natur der Prälegate haben.

3) Endlich was sind die aufrecht zu erhaltenden *ἄλλα οἱαδήποτε κεφάλαια*? Darüber, daß nicht etwa die gewöhnlichen Substitutionen darunter begriffen seien, ist man einig; denn es sollen ja die Intestaterben an die Reihe kommen. Auch in dem Punkte ist

man so gut wie einverstanden, daß die Pupillarsubstitution in Kraft bleibe; sie hindert die vorgeschriebene Intestatfolge nicht und es ist ihr Bestand mit dem Zweck der Novelle vollkommen verträglich. Wenn dagegen einzelne Stimmen (Warnkönig, Mayer, Heumann, Puchta) so weit gehen, auch die in dem ungültigen Testament ausgesprochenen Enterbungen als unter den aufrecht zu erhaltenden Kapiteln mitbegriffen hinzustellen, so ist mit Recht entgegen gehalten worden, einmal daß die Novelle lediglich von solchen letztwilligen Anordnungen spricht, welche den Vortheil des Bedachten bezwecken (*ταῦτα πάντα κελεύομεν πληροῦσθαι καὶ δίδοσθαι ἐκείνοις, οἷς κατελείφθη*) und dann, daß das Gesetz mit Beseitigung der testamentarischen einfach die Intestaterben beruft, also mit Einschluß der Exheredirten.

IX. Zum Schluß bleibt eine viel besprochene Frage zu beantworten: wie verhält sich das Recht der Novelle zu dem vor ihr gültigen formellen Rechte der sui und der emancipati?[74]

Einige wenige Stimmen gibt es, welche behaupten, jene Formenvorschriften des früheren Rechtes seien durch die Novelle auf Alle ausgedehnt worden, welche durch dieses Gesetz Notherbenrecht erhielten, also auf die Descendenten und die Ascendenten überhaupt[75]. Aber man wird sagen dürfen, daß diese, nicht die leiseste Andeutung der Novelle für sich habende Ansicht heutzutage als beseitiget zu betrachten sei[76]. Die allein streitige Frage lautet daher: haben die sui und die emancipati als Notherben ihres Vaters ganz dasselbe und nur dasjenige Recht, welches den Descendenten überhaupt und den Ascendenten durch die Novelle gewährt ist, oder genießen sie auf Grund des alten Rechts eine bevorzugte Stellung?

Bekanntlich bestehen darüber drei Hauptmeinungen, von denen eine jede bedeutende Auktoritäten aus alter oder neuer Zeit für sich anführen kann.

---

74) Die Litterärgeschichte dieser bestrittenen Frage ist durch die Darstellungen von Bluntschli und Mühlenbruch in vollkommen klares Licht gestellt.

75) Puchta, Pandekten § 493, Heumann a. a. O. p. 246 ff.

76) Vergleiche dagegen besonders Vangerow p. 355.

Nach der einen (Cujaz, Vangerow) gilt dieses alte formelle Recht vollkommen nach wie vor, so daß die Genannten den Vorzug eines zweifachen Rechtes genießen, nämlich

a) den Anspruch auf Beobachtung der alten Form (also entweder gehörige Institution oder gehörige Exheredation), in deren Ermangelung, wenn es sich um sui handelt, nach den Satzungen des civile ius das gesammte Testament nichtig ist, während verletzte emancipati lediglich wider das an sich gültige Testament bonorum possessio nachzusuchen befugt sind;

b) den Anspruch auf die Beobachtung der Form der Novelle (also Institution oder die Angabe eines erweislichen Enterbungsgrundes), bei deren Verfehlung die von der Novelle vorgeschriebenen Folgen einzutreten haben.

Nach einer direkt entgegengesetzten Ansicht (Francke, Bluntschli, Arndts) sind die fraglichen Formenvorschriften des bisherigen Rechts durch die Novelle schlechthin aufgehoben, so daß von civiler Nichtigkeit des Testaments wegen Präterition eines suus und von prätorischer Anfechtbarkeit bei Präterition eines emancipatus nicht mehr die Rede ist, vielmehr diese, wie alle anderen Notherben lediglich ein Recht aus der Novelle haben, also entweder einzusetzen oder durch einfache Angabe eines gesetzlichen, in der Wahrheit begründeten Enterbungsgrundes zu entfernen sind.

Endlich eine Mittelmeinung (Mühlenbruch) geht dahin, daß für die sui und die emancipati zwar das Recht auf Beobachtung der alten Form neben dem Rechte aus der Novelle noch bestehe, daß aber in jedem Falle (also bei dem Verstoß wider die alte Form ebenso gut wie bei dem gegen die Vorschriften der Novelle) lediglich die von der Novelle angeordneten Folgen einzutreten haben, mithin niemals die altcivile Nullität, niemals contra tabulas bonorum possessio.

Von diesen verschiedenen Auffassungen hat meines Erachtens die letzte am wenigsten für sich. Sie trägt den Charakter eines jener Vermittelungsversuche, welche der Regel nach Niemanden befriedigen. Entweder Justinian hat, mit der Vergangenheit brechend, die

innerlich unbegründete Bevorzugung der sui und der emancipati beseitigen wollen: dann sind auch diese Formen gefallen. Oder er hat jenen ihre bevorzugte Stellung zu lassen beabsichtiget: dann haben sie auch die Rechtsmittel des alten Rechts. Diese halbe Meinung würde einer vollen und ganzen Unterstützung durch den klaren Ausspruch der Novelle bedürfen. Mühlenbruch weiß dafür in der Hauptsache[77] nichts anzuführen, als die zwei Mal (Cap. III § 14 und Cap. IV § 9) wiederkehrenden, die Folgen des Verstoßes wider die Novelle einleitenden Worte: *Εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη*; diese nämlich umfassen, so behauptet er, ebenso die Verstöße wider die Formen des alten Rechts wie die gegen die Novelle. Aber so zu argumentiren ist geradezu unzulässig. Das entscheidende *ταῦτα* muß natürlich aus dem Zusammenhange der Rede erklärt werden. Daß nun Justinian dabei lediglich und allein an die Vorschriften seiner Novelle (also entweder Einsetzung oder Angabe des Enterbungsgrundes) gedacht habe, ist in Cap. IV § 9 Jedem klar, der das Ganze liest[78] und in Cap. III § 14 zeigt das Gleiche nicht blos der Zusammenhang, sondern auch der Ausdruck[79]. Es hat also der

77) Denn die außerdem vorgebrachte Berufung auf die derogatorische Klausel in Cap. IV § 9 ist doch gar zu dürftig. Wenn es nämlich da heißt „*Εἰ τι δὲ περὶ ληγάτου ἢ φιδεϊκομμίσσου ἢ ἐλευθεριῶν ἢ ἄλλων οἱωνδήποτε κεφαλαίων ἐν ἄλλοις νόμοις εὑρεθείη ταύτῃ τῇ διατάξει ἐναντίον, τοῦτο κρατεῖν κατ' οὐδένα βουλόμεθα τρόπον*“ so ist zwar klar gesagt, daß dem Bestand der Legate u. s. w. etwa entgegenstehende ältere Gesetze keine Kraft haben sollen: aber darüber, auf welchen Fall die Vorschrift der Novelle sich beziehe, auch nicht das Geringste entschieden.

78) *Εἰ τὰς τοιαύτας τοίνυν αἰτίας, ἢ φανερὰς ἐξ αὐτῶν, ἢ μίαν οἱ παῖδες ἐν ταῖς ἰδίαις γράψαιεν διαθήκαις, καὶ οἱ γραφόμενοι παρ' αὐτῶν κληρονόμοι ἢ πάσας φανερὰς ἢ μίαν ἐκ τούτων ἀποδείξειαν, τὴν διαθήκην ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ διαμένειν προστάττομεν. Εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη* —

79) *Εἴτε τοίνυν πάσας τὰς εἰρημένας τῆς ἀχαριστίας αἰτίας, εἴτε φανερὰς ἐξ αὐτῶν, εἴτε μίαν οἱανδήποτε οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ, καὶ οἱ γραφόμενοι κληρονόμοι τὴν ὀνομασθεῖσαν ἢ ὀνομασθείσας αἰτίας ἢ μίαν ἐξ αὐτῶν ἀληθῆ εἶναι δείξειαν, τὴν διαθήκην τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν παρακελευόμεθα. Εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδὲν γίνεσθαι πρόκριμα τοῖς ἄπο κληρονόμων γραφεῖσι παισίν* — — Der Kaiser erklärt also,

Kaiser von dem Verstoß gegen die Vorschriften des alten Rechts hier so wenig gesprochen, wie sonstwo in der Novelle.

Die zweite dieser Meinungen hat das für sich, daß sie in den Rechtsanschauungen der Gegenwart lebendigen Anklang findet; schauen wir dagegen ohne jegliche Nebenrücksicht lediglich auf den Stand des römischen Rechts zur Zeit Justinian's, so hat sie meines Erachtens Alles wider sich.

Vor Allem ist, neueren Darstellungen gegenüber, der Standpunkt fest zu stellen, von welchem aus die Frage zu lösen ist. Jene Formenvorschriften gelten bis zu Justinian's Zeit: daher ist ihre Aufhebung nachzuweisen; denn nicht der Fortbestand eines zweifellos sanktionirten Rechtssatzes bedarf des Beweises, sondern seine Beseitigung [80].

Daß die Novelle die Nothwendigkeit der Beobachtung der alten Formen ausdrücklich aufgehoben, hat meines Wissens Niemand behauptet und kann im Grunde Niemand behaupten [81]. Man begnügt sich vielmehr mit der Aufstellung, die Weise, wie Justinian sich ausdrückt, setze jene Beseitigung voraus. Wie mislich aber die Annahme ist, ein seit alten Zeiten in dem römischen Leben eingewurzeltes höchst bedeutsames Rechtsinstitut sei, gleich irgend einer nebensächlichen Kleinigkeit, mittelbar und stillschweigend beseitiget worden, wird im Allgemeinen einleuchten. Nun sind überdies die Anhaltspunkte der Novelle nach dieser Seite hin außerordentlich dürftig, ja für jenen Zweck geradezu unzureichend. Allerdings finden wir mehrere Male lediglich den Ausdruck exheredare, wo in genauer Rede

daß die von der Novelle für den Fall des mangelnden Enterbungsgrundes angeordneten Folgen eintreten sollen bei exheredirten Kindern.

80) Francke p. 358 ff. und Arndts p. 119 stellen umgekehrt die Sache so dar, wie wenn das Fortbestehen jener Formenvorschriften nach der Novelle zu beweisen wäre.

81) Francke will seiner Darstellung dadurch den Weg bahnen, daß er von der, in Anmerkung 5 besprochenen Auffassung der C. 30 de inofficioso testamento ausgehend, die Behauptung aufstellt, die Novelle enthalte in dieser Beziehung lediglich die Ausdehnung der in jenem Gesetz begonnenen Formenbeseitigung. Diese Argumentation fällt natürlich mit ihrem Fundament.

exheredare vel praeterire hätte gesagt werden müssen[82] und man hat daraus folgern wollen, daß demnach von Justinian auf diese formelle Unterscheidung kein Gewicht mehr gelegt werde. Aber es ist doch in der That wenig zu verwundern, wenn der Kaiser der bequemen Kürze sich bedient, nachdem er im Uebrigen durch die Einrahmung seines Gesetzes sogar mehr als gewöhnlich dafür gesorgt hat, daß man seine Anschauung nicht verkenne. Da nämlich, wo er in Cap. III p. die Frage zu behandeln beginnt, spricht er vollkommen genau; weil von dem Testament der Eltern überhaupt redend, unterscheidet er zwischen Präterition und Exheredation in den Worten[83]:

> *θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ ἢ μητρὶ, ἢ πάππῳ ἢ μάμμῃ, ἢ προπάππῳ ἢ προμάμμῃ τὸν ἴδιον υἱὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας* praeteritos *καταλιμπάνειν ἢ ἄπο κληρονόμων ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ* —

Wo er ferner in Cap. IV p. von dem Testament der Descendenten zu handeln anfängt, da wählt er den Ausdruck abermals sorgfältig:

> *θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς* praeterit*ους καταλιμπάνειν ἢ καθ᾽ οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι* —

offenbar — wie schon Mühlenbruch richtig gefühlt hat — in der Absicht, um darauf hinzuweisen, daß die Ascendenten sowohl stillschweigend wie ausdrücklich ausgeschlossen werden können, zugleich

82) Cap. III p. § 13. 14.

83) Zwar ist behauptet worden, man sei nicht berechtiget, in diesen und ähnlichen Stellen den Ausdruck exheredare ausschließlich auf den testirenden Vater, und nur den anderen praeterire auf die erst durch die Novelle formell verpflichteten Ascendenten zu beziehen: aber nach dem, bis zu Justinian geltenden und von diesem Kaiser nirgends aufgehobenen Sprachgebrauch ist man dazu geradezu verpflichtet.

aber den Ausdruck exheredare vermeidend, eingedenk der alten Regel extraneum exheredare absurdum est. Endlich wo am Schluß des vierten Kapitels der besondere Fall der testirenden Descendenten verlassen und wieder auf die allgemeine Tendenz des Gesetzes zurückgegangen wird, da heißt es auch wieder in genauer Rede:

> καὶ αὗται μὲν τῆς exheredationος ἢ praeteritionος αἱ ποιναὶ — διετυπώθησαν

und es wird in Kapitel fünf als Zweck des Gesetzes ebenso genau bezeichnet:

> τὴν ὕβριν τῆς praeteritionος καὶ exheredationος τῶν γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνελεῖν.

Die Beseitigung dieser formellen Vorschriften liegt weiter nicht in dem Gange der bisherigen Rechtsentwickelung. Zwar glaubt man häufig die entgegengesetzte Ansicht durch den Hinweis auf den Entwickelungsgang der Intestaterbfolge vertheidigen zu können, behauptend, daß Novelle 115 für das Notherbenrecht sei, was Novelle 118 für das Intestaterbrecht[84]. Aber die Dinge liegen völlig anders. Auf dem Gebiete des Intestaterbrechts nämlich hatte seit Einführung der bonorum possessio unde cognati und unde liberi ein stiller Kampf zweier Prinzipien begonnen, der Kampf zwischen Agnation und Kognation. Durch Jahrhunderte bleibt das Zwölftafelprinzip von der ausschließlichen Berufung der Agnaten die anerkannte Regel; aber man durchbricht dieselbe durch eine fort und fort steigende Zahl von Ausnahmen, so weit gehend, daß allmälig die Gültigkeit der Regel zur Ausnahme wird: ein Zustand, welcher in sich selber die Vorbereitung für das Aufgeben jener, doch nur noch formell bestehenden Regel in sich trug und mit historischer Folgerichtigkeit zur Herrschaft des Kognationsprinzips führte, wie es in Novelle 118 seinen Ausdruck findet.

---

84) Daran ist schon der Umstand bedenklich, daß die Neugestaltung des Notherbenrechts anderthalb Jahre früher erfolgt sein soll, als die des Intestaterbrechts. Wenn zwischen den beiden Gesetzen ein innerer Zusammenhang bestünde, so wäre zu erwarten gewesen, daß Justinian auch mit dem natürlichen Anfang der Sache begonnen hätte, also mit dem Intestaterbrecht.

Anders auf dem Gebiete des formellen Notherbenrechts. Zwar insoweit ist der Entwickelungsgang des Intestaterbrechts auch hier maßgebend, daß im Laufe der Zeit auch blos kognatische Kinder zu Notherben ihres Vaters erhoben werden. Aber von Dem, worauf es hier ausschließlich ankommt, von dem Prinzip der Formenstrenge, ist bis auf Justinian keine Zeit abgewichen. Namentlich dem Prätor lag eine solche Aenderung vollkommen fern; hat er doch im Gegentheil das formelle Recht auf die liberi überhaupt ausgedehnt. Weiter, als die querela inofficiosi testamenti sich entwickelt hatte, da wäre nach unseren heutigen Begriffen der Zeitpunkt für allmälige Entfernung jener Formen gekommen gewesen: aber man denkt in Rom nicht daran, die genannte Klage von dem durch den color insaniae ihr ursprünglich aufgeprägten subsidiären Charakter zu befreien. Ueberhaupt finden wir in der gesammten Kaisergesetzgebung nirgendwo eine andere, auf Beseitigung der Formen abzielende Richtung eingeschlagen. Insbesondere sind Justinian's eigene, oben genau dargestellte Gesetze, so weit sie der Novelle 115 vorausgehen, offenkundig nicht von der Tendenz, die bestehenden Formen des Notherbenrechts zu beseitigen, sondern sie verschärfen im Gegentheil ihre Anwendung. Demnach müßte, wäre die gegentheilige Ansicht begründet, Novelle 115 einem Wandel in des Kaisers legislativer Anschauung ihren Ursprung verdanken; mit der gesammten bisherigen Entwickelung des römischen Rechts und mit des Kaisers eigener, in besonderen Gesetzen niedergelegter Betrachtungsweise brechend, wäre die Novelle ein reformatorisches, historisch nicht motivirtes Gesetz. Dazu scheint dieselbe schon äußerlich nicht angethan. Während Novelle 118 sofort in der Präfatio als ein das Intestaterbrecht neu organisirendes Gesetz sich ankündiget und, aus einem Guß, vom Anfang bis zum Ende lediglich eine und dieselbe Frage behandelt: ist die 115. Novelle eine von jenen, in welchen der Kaiser, durch konkrete Fälle der Praxis angeregt, eine Reihe von innerlich ganz verschiedenen Einzelfragen nach einander abhandelt[85]. Unter ihnen bildet zwar

85) In Cap. I und II werden zwei prozessualische, auf die Appellation bezügliche Spezialfragen entschieden; Cap. III bis Cap. V p. handelt vom Noth-

die mitten hinein geworfene, auf das Notherbenrecht bezügliche Entscheidung das hervorragendste Glied, aber doch nicht in der Art, daß der Kaiser sich veranlaßt gesehen hätte, desselben in der Präfatio oder dem Epilog zu gedenken. Wenn nun auch weiter der Fall, welcher die auf das Notherbenrecht bezügliche Neuerung hervorgerufen, nicht vollkommen klar berichtet ist, so geht doch so viel mit Gewißheit hervor, daß das, was der Kaiser misbilligte, nicht in dem, durch einen Verstoß gegen das formelle Notherbenrecht herbeigeführten Zusammenfall des Testaments, sondern umgekehrt darin bestand, daß der Notherbe als durch die bestehenden Gesetze noch immer zu wenig geschützt erschien. Das ist in der That ein für die Erkennung der Tendenz des Gesetzes sehr maßgebender Punkt. Pulcheria war in dem Testament ihrer Eltern belobt und doch nicht zur Erbin eingesetzt worden: das genügt dem Kaiser um das, nach dem bestehenden Rechte gültige Testament durch eine Ausnahmsentscheidung für ungültig zu erklären[86]. Diesem Fall entspricht genau der Gesammtinhalt des Gesetzes: man soll die in der Novelle bezeichneten Personen in seinem Testament ehren durch Erbesernennung; nur wenn man einen gesetzlich anerkannten Grund dazu hat, soll man von dieser Pflicht entbunden, dafür aber gehalten sein, jenen Grund im Testament selbst anzuführen. Mithin steigert das Gesetz die formellen Anforderungen.

---

erbenrecht; Cap. V § 1 geht sofort auf eine ganz verschiedene Einzelfrage des Prozesses über; endlich Cap. VI löst eine Frage der Intercession.

86) Gewiß ist: Pulcheria war, obgleich im Testament ihrer Mutter belobt, doch von dieser nicht zur Erbin ernannt worden. Ferner ist so gut wie gewiß, daß ihr der Pflichttheil entweder ganz oder theilweise zugewendet worden war; denn andernfalls würde es, weil hier die querela inofficiosi testamenti zur Hand gewesen, einer außerordentlichen kaiserlichen Hülfe nicht bedurft haben. Weiter ist wahrscheinlich, daß auch der Vater testirt und die Tochter in gleicher Weise wie die Mutter behandelt hatte: denn sie soll auch von dem väterlichen Nachlaß ausgeschlossen und überdies exheredirt gewesen sein, ein Ausdruck, der auf die Mutter nicht paßt. Endlich ist lediglich von e i n e m Testament die Rede; daraus würde, wenn die vorige Voraussetzung begründet ist, weiter hervorgehen, daß Mann und Frau gemeinschaftlich testirt hatten, was sie damals ganz füglich konnten. [Nov. 63. Valentiniani III, bei Hänel tit. XX cap. 1. In das corpus iuris ist zwar

Demnach bietet das Recht Justinian's folgende Unterscheidungen:

1) Diejenigen, welche erst durch die Novelle formelles Recht erhalten haben, sind auf das Recht aus diesem Gesetz beschränkt.

2) Den sui und den emancipati steht dem Testamente des Vaters gegenüber ein doppeltes Recht zu, das alte, vor der Novelle vorhandene und das neue aus der Novelle.

3) Für den suus gestaltet sich die Sache folgendermaßen:

a) Ist er im Sinne des alten Rechts präterirt, so ist das Testament, gemäß den Satzungen des alten Rechts, seinem ganzen Inhalte nach nichtig.

b) Sind dagegen die Formen des alten Rechts gewahrt, so handelt es sich nunmehr um die Beobachtung der Vorschriften der Novelle:

α) wurde diesen durch Einsetzung genügt, so ist die suppletoria actio die einzige mögliche Klage;

β) wurde er exheredirt, aber ohne die Angabe eines Grundes, wie ihn die Novelle verlangt, so tritt kraft der Novelle Intestaterbfolge ein, jedoch mit Aufrechterhaltung aller derjenigen letztwilligen Anordnungen, die sich überhaupt mit der Intestaterbfolge vertragen.

4) Der emancipatus endlich hat folgende Stellung:

a) Wurde er exheredirt, jedoch ohne Angabe eines gesetzlichen Grundes, so ist nur gegen die Novelle verstoßen, daher sind die Institutionen nichtig, der übrige Inhalt des Testaments aber so weit gültig, wie die Novelle das vorschreibt.

b) Ist zwar der Novelle durch Angabe des Enterbungsgrundes genügt, der emancipatus jedoch im prätorischen Sinne präterirt, so ist gegen das an sich gültige Testament bonorum possessio contra tabulas mit allen ihren Folgen zulässig und es sind demnach die letztwilligen Anordnungen so weit anzuerkennen, als das edictum

---

diese Stelle nicht aufgenommen worden, aber es findet sich darin auch kein Verbot des gemeinschaftlichen Testaments.]



de legatis praestandis in seiner vollständigen Entwickelung vorschreibt.

c) Wenn endlich gegen das alte und das neue Recht zugleich verstoßen, d. h. der Emancipirte präterirt wurde ohne Angabe eines gesetzlichen Grundes: so sind die Institutionen nichtig nach dem neuen Recht und es haben überdies die präterirten und die instituirten prätorischen Notherben die Befugnis, durch Nachsuchung der contra tabulas bonorum possessio die von ihnen auszuzahlenden Vermächtnisse auf das vom Prätor eingehaltene Maß zurückzuführen[87].

Dieses Recht der sui und der emancipati ist allerdings komplicirt: aber es ist es kaum mehr als dasjenige, dessen sie vor der Novelle theilhaftig waren; denn etwa wie viel sie an Verwickelung durch die Novelle neu hinzubekommen, etwa ebenso viel haben sie für Vereinfachung ihrer rechtlichen Stellung gewonnen durch die Beseitigung der Querel. Das Resultat selber wird in der Hauptsache für Niemanden etwas Befremdendes haben können, der nicht uneingedenk jener bevorzugten Stellung ist, welche die sui und die emancipati dem väterlichen Testament gegenüber seit Jahrhunderten genossen. Wir begegnen hier, wie nicht selten anderwärts, dem Rest einer alten, schon damals veralteten Anschauungsweise, die dennoch im Rechtsleben sich erhält durch die Macht der Gewohnheit.

Aber jenes s. g. vollständige Derogationssystem hat dennoch seine volle Berechtigung von einem bestimmten Standpunkte aus: und gerade dieser ist es, welcher ihm in natürlicher Weise lebendigen Anklang in der Gegenwart verschafft hat. Es ist das, wie schon oben angedeutet wurde, der Standpunkt unserer heutigen Rechtsanschauung. Nach unseren natürlichen und sittlichen Begriffen näm-

87) Mit diesen Resultaten für das justinianische Recht stimmt Vangerow p. 356 in der Hauptsache überein; nur darin weicht er ab, daß er die Frage, ob die Vorschrift der Novelle beobachtet sei, überall erst dann an die Reihe kommen lassen will, wenn sich die Form des alten Rechts als gewahrt erwiesen (was namentlich in dem Fall sub c zu wesentlichen Verschiedenheiten führt): aber die Novelle hat dem alten Recht gegenüber keinen subsidiarischen Charakter.



lich ist weder die Stellung des in der patria potestas befindlichen Kindes von der des emancipirten, noch überhaupt die des Kindes zum Vater von der zu dem anderen Elterntheil so wesentlich verschieden, daß eine Verschiedenheit im Notherbenrecht sich darauf irgendwie begründen ließe. Dazu kommt der weitere Umstand, daß die im römischen Recht eingehaltene Art der Bevorzugung, also jenes formelle Moment, wie es sich namentlich in der Exheredation ausspricht, mit unseren Anschauungen und unseren Sitten in vollkommenem Widerspruche steht. Ob der Vater in seinem letzten Willen sagt: „mein ältester Sohn hat mir nach dem Leben getrachtet, deshalb soll mein zweiter Sohn mein Erbe sein," oder ob er etwas umständlicher schreibt: „mein ältester Sohn hat mir nach dem Leben getrachtet, deshalb enterbe ich ihn und ernenne meinen zweiten Sohn zum Erben": das sind nach unserer heutigen Auffassung so absolut gleiche Erklärungsweisen, daß der gesunde Menschenverstand sich empören würde — und das Recht ist gerade eine Sache des gesunden Menschenverstandes — wenn der Vater zwar durch die eine dem Gesetz Genüge geleistet haben sollte, nicht aber durch die andere.

Dieses Rechtsbewußtsein der Nation hat überall die vollste Berechtigung, auch den Gesetzen gegenüber. Daß es, sobald es nur klar und sicher zur Erscheinung kommt, von selber zur praktischen Geltung gelange, lehrt jedes Blatt der Geschichte[88]. Insbesondere das römische Recht hat jene Größe, welche die Welt an ihm bewundert, vorzugsweise gerade dadurch erreicht, daß es diese Berechtigung des Rechtsbewußtseins der Nation im allervollsten Maße anerkannte[89]. Auch in Deutschland hat sich dasselbe seiner Zeit und

88) Nichts ist unhistorischer, als der von einzelnen, sich historische nennenden Juristen gemachte Versuch, die Welt unter dem Bann einer, von der Vergangenheit bestimmten Regel für alle Zeiten festhalten zu wollen. Das menschliche Recht gleicht dem Menschen selber: trotz der Unvergänglichkeit seiner Natur befindet es sich in einem stetigen Prozeß des Werdens und des Vergehens.

89) Daß diese Freiheit der Interpretation von alten Zeiten her zu Rom sich einbürgerte, dazu wird in dem Zwölftafelgesetz die erste Veranlassung gelegen haben. Wenn ein überallhin greifendes Gesetz wie dieses sich damit begnügt, lediglich oberste Grundlinien zu ziehen, so müssen Jurisprudenz und Praxis selber schöpfe-

seines Orts geltend zu machen gewußt, wie die Geschichte der Carolina in einem schlagenden Beispiele zeigt. Ganz besonders nachdrücklich ist endlich diese Freiheit der Behandlung einem, in fremder Sprache geschriebenen, einer fremden Nationalität und einer untergegangenen Kulturstufe entstammenden, mehr als tausend Jahre alten Gesetzbuche gegenüber aufrecht zu erhalten und es erscheint dabei als das einzig Richtige, dem nicht mehr zu Ertragenden offen und mit Bewußtsein entgegen zu treten, nicht aber sich dem Glauben hingeben, schon in dem römischen Gesetzbuche sei zu lesen, was doch nur der Ausdruck unseres eigenen Rechtsbewußtseins ist.

Jene Formenvorschriften des römischen Rechts für unanwendbar auf unsere deutschen Rechtsverhältnisse erklären, heißt demnach eben so gut im Geiste der Römer, wie in unserem eigenen Geiste handeln.

---

risch werden, sie mögen wollen oder nicht. Jene Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Auslegungsprinzipien aber, welche in Rom von Generation auf Generation sich vererbten, verdankten ihr Dasein offenbar dem Geschworenengericht und seiner Oeffentlichkeit. Unsere, die deutsche Jurisprudenz war dagegen durch lange Jahrhunderte mit dem Erkennen und Begreifen des gewaltigen, von fremdher geholten Rechtsstoffes allzu sehr beschäftiget, als daß sie, mit kritischer Freiheit über demselben stehend, der Fortbildung des Rechts selber die volle Aufmerksamkeit hätte zuwenden können. Nichts haben wir von den römischen Juristen bis jetzt uns weniger angeeignet, als das, wodurch sie am größten sind, ihre schöpferische Methode.



Druck von Otto Wigand in Leipzig.







Druck von Otto Wigand in Leipzig.